

المغنى

لَمُؤَفِّقِ الدِّينِ أَبِي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَّامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشْقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد باحلو

الدكتور

عبد الباقى بن عبد المحسن الترمذى

الجزء الرابع عشر

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المَغْنَى

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة



دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

الطبع - غرب مؤسسة النخلة - ت : ٤٦٨١٦٨٩ / ٤٦٨١٧٧٢
ص . ب . ١٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٨١٣٣٩
للمملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

/ كتاب القضاء

ط ١/١١

الأصل في القضاء ومشروعيته الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ يَذَّادُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ ^(١) . وقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحْكَمْتُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلْنَا اللَّهُ ﴾ ^(٢) . وقوله : ﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(٣) . وقوله تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ ^(٤) . وأما السنة ، فما روى عمرو بن العاصي ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ ^(٥) فَلَهُ أَجْرٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . في آي وأخبار سيوى ذلك كثيرة . وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء ، والحكم بين الناس .

فصل : والقضاء من فروض الكفايات ؛ لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه ، فكان واجبا عليهم ، كالجهاد والإمامة . قال أحمد : لا بُدَّ للناس من حاكم ، أتذهب حقوق

(١) سورة ص ٣٦ .

(٢) سورة المائدة ٤٦ .

(٣) سورة النور ٤٨ .

(٤) سورة النساء ٦٥ .

(٥) في الأصل ، ب : « وأخطأ » .

(٦) أخرجه البخارى ، في : باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى

١٣٣/٩ . ومسلم ، في : باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم

١٣٤٢/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في القاضى يخطئ ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ،

في : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند

١٨٧/٢ ، ١٩٨/٤ ، ٢٠٤ .

النَّاسِ ! وفيه فضلٌ عظيمٌ لِمَنْ قَوِيَ على القيام به ، وأداء الحقِّ فيه ، ولذلك جعل الله فيه أَجْرًا مع الخطأ ، وأسقطَ عنه حُكْمَ الخطأ ، ولأنَّ فيه أمرًا بالمعروف ، ونَصْرَةً المَظْلُوم^(٧) ، وأداء الحقِّ إلى مُستحقِّه ، ورَدًّا للظالمِ عن ظُلْمِه ، وإصلاحًا بين النَّاسِ ، وتخليصًا لبعضيهم من بعضٍ ، وذلك من أبواب القَرَبِ ؛ ولذلك تَوَلَّاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، والأنبياءُ قبله ، فكانوا يَحْكُمُونَ لِأَمَمِهِمْ ، وَبَعَثَ عَلَيْهِ إلى اليَمَنِ قَاضِيًا^(٨) ، وَبَعَثَ أَيضًا مُعَاذًا قَاضِيًا^(٩) .

وقد رَوَى عن ابن مسعود ، أَنَّهُ قَالَ : لَأَنْ أَجْلِسَ قَاضِيًا بَيْنَ اثْنَيْنِ ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ عِبَادَةِ سَبْعِينَ سَنَةً^(١٠) . وعن عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ ، / قَالَ : جَاءَ حَصْنَمَانِ يَخْتَصِمَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لِي^(١١) : « أَقْضِي بَيْنَهُمَا » . قُلْتُ : أَنْتَ أَوْلَى بِذَلِكَ . قَالَ : « وَإِنْ كَانَ » . قُلْتُ : عَلَامَ أَقْضِي ؟ قَالَ : « أَقْضِي ، فَإِنْ أَصَبْتَ فَلَكَ عَشْرَةُ أَجُورٍ ، وَإِنْ أَخْطَأْتَ فَلَكَ أَجْرٌ وَاحِدٌ » . رواه سَعِيدٌ فِي « سُنَنِ »^(١٢) .

٢/١١

فصل : وفيه حَظٌّ عظيمٌ ووزرٌ كبيرٌ لِمَنْ لم يُؤدِّ الحقَّ فيه ، ولذلك كان السُّلْفُ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ^(١٣) ، يَمْتَنِعُونَ مِنْهُ أَشَدَّ الِامْتِنَاعِ ، وَيَحْشَوْنَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ حَظْرَهُ . قَالَ خَاقَانُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ : أَرِيدُ أَبُو قِلَابَةَ عَلَى قِضَاءِ الْبَصْرَةِ ، فَهَرَبَ إِلَى الْيَمَامَةِ ، فَأَرِيدَ عَلَى

(٧) في ب : المظلم .

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب كيف القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٠ . وابن ماجه ، في : باب ذكر القضاء ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٨٣ ، ٨٨ ، ١٣٦ ، ١٤٩ . والبيهقي ، في : كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/٨٦ ، ٨٧ .

(٩) تقدم ترجمه ، في : ١/٢٧٥ ، ٥/٤ .

(١٠) انظر ما أخرجه البيهقي ، في : باب فضل من ابتلى بشيء من الأعمال ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/٨٩ .

(١١) سقط من : م .

(١٢) وعزاه صاحب الكنز إلى ابن عساكر : كنز العمال ٥/٨٠٢ .

(١٣) (١٣-١٣) في ب ، م : رحمة الله عليهم .

قَضَائِهَا ، «^(١٤) فَهَرَبَ إِلَى الشَّامِ ، فَأَرَادَ عَلَى قَضَائِهَا » ، وَقِيلَ : لَيْسَ هُنَا غَيْرُكَ . قَالَ : فَأُتِرِلُوا الْأَمْرَ عَلَى مَا قُتِلْتُمْ ، فَإِنَّمَا مَثَلِي مَثَلُ سَابِجٍ وَقَعَ فِي الْبَحْرِ ، فَسَبَحَ يَوْمَهُ ، فَاَنْطَلَقَ ، ثُمَّ سَبَحَ الْيَوْمَ الثَّانِي ، فَمَضَى أَيْضًا ، فَلَمَّا كَانَ الْيَوْمَ الثَّالِثَ قَتَرَتْ يَدَاهُ^(١٥) . وَكَانَ يُقَالُ : أَعْلَمَ النَّاسَ بِالْقَضَاءِ أَشَدَّهُمْ لَهُ كَرَاهَةً . وَلِعَظِمَ خَطَرُهُ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ جُعِلَ قَاضِيًا ، فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : «^(١٦) هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَقِيلَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ : إِنَّهُ لَمْ يُخْرِجْ مَخْرَجَ الدَّمِّ لِلْقَضَاءِ ، وَإِنَّمَا وَصَفَهُ بِالْمَشَقَّةِ ؛ فَكَأَنَّ مَنْ وَلِيَهُ قَدْ جُعِلَ عَلَى مَشَقَّةٍ ، كَمَشَقَّةِ الذَّبِيحِ .

فصل : والثَّاسُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرَابٍ ؛ مِنْهُمْ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ ، وَهُوَ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ ، وَلَمْ تَجْمَعْ فِيهِ شُرُوطُهُ ، فَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ » ذَكَرَ مِنْهُمْ رَجُلًا قَضَى بَيْنَ النَّاسِ بِجَهْلٍ ، فَهُوَ فِي النَّارِ^(١٧) . وَلَأنَّ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْعَدْلِ فِيهِ ، فَيَأْخُذُ الْحَقُّ مِنْ مُسْتَحَقِّهِ وَيُدْفَعُهُ إِلَى غَيْرِهِ . وَمِنْهُمْ ، مَنْ يَجُوزُ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعَدَالَةِ وَالْاجْتِهَادِ ، وَيُوجَدُ غَيْرُهُ مِثْلُهُ ، فَلَهُ أَنْ يَلْتَمِسَ الْقَضَاءَ بِحُكْمِ حَالِهِ وَصِلَاحِيَّتِهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ^(١٨) يَتَّعِنْ لَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْخَطَرِ وَالْغَرَرِ ، وَفِي تَرْكِهِ مِنَ السَّلَامَةِ ، وَلَمَّا وَرَدَ فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ وَالذَّمِّ ، وَلَأنَّ طَرِيقَةَ السَّلَفِ الْإِمْتِنَاعَ مِنْهُ وَالتَّقْوَى ، وَقَدْ

(١٤-١٥) سقط من : الأصل .

(١٥) ذكره ابن أبي شيبة ، في : باب في القضاء وما جاء فيه ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٣٨/٧ . والبيهقي ، في : باب كراهية الإمامة ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٩٧/١٠ . ووكيع ، في أخبار القضاة ٢٣/١ . (١٦) في : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦٦/٦ ، ٦٧ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في طلب القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . والحاكم ، في : كتاب الأحكام . المستدرک ٩١/٤ . والبيهقي ، في : باب كراهية الإمامة ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٩٦/١٠ .

(١٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في القاضي بخطي* ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ . (١٨) في الأصل : ولا .

أَرَادَ عَثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَوَلَّيَ ابْنَ عَمَرَ الْقَضَاءَ فَأَبَاهُ^(١٩) . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ / ابْنُ حَامِدٍ :
 إِنْ كَانَ رَجُلًا خَامِلًا ، لَا يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي الْأَحْكَامِ ، وَلَا يُعْرَفُ ، فَلَاؤَلَى لَهُ تَوَلَّيَ ، لِيُرْجَعَ
 إِلَيْهِ فِي الْأَحْكَامِ ، وَيَقُومَ بِهِ الْحَقُّ ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورًا فِي النَّاسِ
 بِالْعِلْمِ ، يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي تَعْلِيمِ الْعِلْمِ وَالْفَتْوَى ، فَلَاؤَلَى الْأَشْتِغَالُ بِذَلِكَ ، لِمَا فِيهِ مِنَ النِّفْعِ
 مَعَ الْأَمْنِ مِنَ الْغَرَرِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَقَالُوا أَيْضًا : إِذَا كَانَ ذَا حَاجَةٍ ،
 وَلَهُ فِي الْقَضَاءِ رِزْقٌ ، فَلَاؤَلَى لَهُ الْأَشْتِغَالُ بِهِ ، فَيَكُونُ أَوَّلَى مِنْ سَائِرِ الْمَكَاسِبِ ؛ لِأَنَّهُ
 قُرْبَةٌ وَطَاعَةٌ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِلْإِنْسَانِ طَلَبُهُ ، وَالسَّعْيُ فِي تَحْصِيلِهِ ؛ لِأَنَّ
 أَنْسَارَ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنِ اتَّبَعَ الْقَضَاءَ ، وَسَأَلَ فِيهِ شَفْعَاءَ ، وَكَلَّ
 إِلَى نَفْسِهِ ، وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَيْهِ ، أُنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(٢٠) : هَذَا
 حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ : « يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ ، لَا
 تُسْأَلِ الْإِمَارَةَ ؛ فَإِنَّكَ إِنْ أُعْطِيتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وَكَلْتَ إِلَيْهَا ، وَإِنْ أُعْطِيتَهَا عَنْ^(٢١) غَيْرِ
 مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٢) . الثَّالِثُ : مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَنْ يَصْلُحُ

(١٩) أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ فی القاضی ، من أبواب الأحکام . عارضة الأحوذی
 ٦٣/٦ ، ٦٤ . وابن حبان ، فی : باب ذکر الزجر عن دخول المرء فی قضاء المسلمین ... ، من کتاب القضاء .
 انظر : الإحسان بترتیب صحیح ابن حبان ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ . وذكره وکیع ، فی : أخبار القضاء ١٧/١ ، ١٨ .
 (٢٠) فی : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ فی القاضی ، من أبواب الأحکام . عارضة الأحوذی ٦٥/٦ ، ٦٦ .
 كما أخرجه أبو داود ، فی : باب فی طلب القضاء والتسرع إليه ، من کتاب الأفضیة . سنن أبي داود ٢٦٩/٢ . وابن
 ماجه ، فی : باب ذکر القضاء ، من کتاب الأحکام . سنن ابن ماجه ٧٧٤/٢ . والإمام أحمد ، فی : المسند
 ١١٨/٣ ، ٢٢٠ .

(٢١) فی م : ٥ .

(٢٢) أخرجه البخاری ، فی : أول کتاب الأیمان والنذور ، وفی : باب الکفارة قبل الحنث وبعده ، من کتاب
 الکفارات ، وفی : باب من لم یسأل الإشارة أعانته الله ، وباب من سأل الإشارة وكل إليها ، من کتاب الأحکام . صحیح
 البخاری ١٥٩/٨ ، ١٨٤ ، ٧٩/٩ . ومسلم ، فی : باب النبی عن طلب الإشارة والحرم علیها ، من کتاب الإشارة .
 صحیح مسلم ١٤٥٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فی : باب ما جاء فی طلب الإشارة ، من کتاب الإشارة . سنن أبي داود ١١٨/٢ . والترمذی ،
 فی : باب ما جاء فی من حلف علی یمن فرأى غیرها خیرا منها ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذی ١٠/٧ .
 والنسائی ، فی : باب النبی عن مسألة الإشارة ، من کتاب القضاء . المجتبى ١٩٨/٨ . والدارمی ، فی : باب من حلف
 علی یمن فرأى غیرها خیرا منها ، من کتاب النذور . سنن الدارمی ١٨٦/٢ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٦٢/٥ ، ٦٣ .

للقضاء ، ولا يوجد سواه ، فهذا يتعين عليه ^(٢٣) ؛ لأنه فرض كفاية ، لا يقدر على القيام به غيره فيتعين عليه ، كحسب الميت وتكفينه . وقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يتعين عليه ، فإنه سئل : هل يائتم القاضي إذا لم يوجد غيره ؟ قال : لا يائتم . فهذا يحتمل أنه يُحْمَلُ على ظاهره ، في أنه لا يجب عليه ، لما فيه من الخطر بنفسه ، فلا يلزمه الإضرار بنفسه لنفع غيره ، ولذلك امتنع أبو قلابة منه ، وقد قيل له : ليس غيرك . ويحتمل أن يُحْمَلُ على من لم يمكنه القيام بالواجب ، لظلم السلطان أو غيره ؛ فإن أحمد قال : لا بد للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس !

فصل : ويجوز للقاضي أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح ، وابن سيرين ، والشافعي ، وأكثر أهل العلم . وروى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء ، وفرض له رزقا ^(٢٤) . ورزق شريحا في كل شهر مائة درهم ^(٢٥) . وبعث إلى الكوفة عمارا وعثمان بن حنيف وابن مسعود ، ورزقهم كل يوم شاة ؛ نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان ، وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم ^(٢٦) . وكتب إلى معاذ ابن جبل ، وأبي عبيدة ، حين بعثهما إلى الشام ، أن انظرا رجلا من صالحى من قبلكم ، فاستعملوهم على القضاء ، وأوسعوا عليهم ، وأرزقوهم ، واكفوهم من مال الله ^(٢٧) . وقال أبو الخطاب : يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة ، فأما مع عدمها فلي وجهين . وقال أحمد : لا ^(٢٨) . يعجبني أن يأخذ على القضاء أجرا ، وإن كان فيقدر شغله ، مثل وإلى اليتيم . وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء ^(٢٩) . وكان مسروق ،

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) أخرجه ابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٣٥٩/٢ .

(٢٥) انظر : ما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من أبواب القضاء . المصنف ٢٩٧/٨ .

(٢٦) أخرجه ابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٢٥٥/٣ .

(٢٧) انظر : إرواء الغليل ٢٣٤/٨ .

(٢٨) في ب ، م ؛ ما ؛ .

(٢٩) أخرج خير الحسن ، ابن أبي شيبة في : باب في القاضي بأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف

٥٠٥/٦ .

وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن^(٣٠) ، لا يأخذان عليه أجراً ، وقالوا : لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين . وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن متعيناً جاز له^(٣١) أخذ الرزق عليه ، وإن تعين لم يجز إلا مع الحاجة . والصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال ؛ لأن أبا بكر ، رضي الله عنه ، لما ولي الخلافة ، قرضوا له رزقاً^(٣٢) كل يوم درهمين^(٣٣) . ولما ذكرناه من أن عمر رزق زبداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق^(٣٤) لمن تولى من القضاة ، ولأن بالناس حاجة إليه ، ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل ، وضاعت الحقوق . فأما الاستنجار عليه ، فلا يجوز . قال عمر ، رضي الله عنه : لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً^(٣٥) . وهذا مذهب الشافعي ، ولا نعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأنه قرينة يختص فاعله أن يكون من أهل القرية ، فأشبه الصلاة ؛ لأنه لا يعملها الإنسان عن غيره ، وإنما يقع عن نفسه ، فأشبه الصلاة ، وأنه عمل غير معلوم . فإن لم يكن للقاضي رزق ، فقال للخصمين : لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً عليه . جاز . ويحتمل أن لا يجوز .

فصل : وإذا كان الإمام في بلد ، فعليه أن يبعث القضاة إلى الأقطار غير بلده ؛ فإن النبي ﷺ بعث علياً قاضياً إلى اليمن ، وبعث معاذ بن جبل إلى اليمن أيضاً . وقال /ه : « يَمْ تَحْكُمُ ؟ » قال : بكتاب الله تعالى . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ » قال : فبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ » قال : أَجْتَهِدُ رَأْيِي . قال : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ

ط ٣/١١

(٣٠) عبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن البكري ، من أولاد أبي بكر الصديق ، إمام ثبت فقيه ، من صغار التابعين ، توفي بخوزان ، في سنة ست وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/٦ ، ٦ .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) ق م : الرزق ه .

(٣٣) انظر : ما أخرجه البخاري ، في : باب كسب الرجل وعمله بيده ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٧٤/٣ . والبيهقي ، في : باب ما يكره للقاضي من البيع والشراء ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٧/١٠ . وابن سعد ، في الطبقات الكبرى ١٨٥/٣ .

(٣٤-٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٢٩٧/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب في القاضي يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٥٠٥/٦ .

(٣٦) في الأصل ، ١ ، م : د : ه .

رَسُولٌ^(٣٧) رَسُولُ اللَّهِ لِمَا يُرِضِي رَسُولَ اللَّهِ . وَبَعَثَ عُمَرُ شَرِيحًا عَلَى قَضَاءِ الْكُوفَةِ ، وَكَعَبَ بْنِ سُوْرٍ^(٣٨) عَلَى قَضَاءِ الْبَصْرَةِ^(٣٩) . وَكَتَبَ إِلَى أُمِّ عُبَيْدَةَ وَمُعَاذٍ بِأَمْرِهِمَا بِتَوَلِّيَةِ الْقَضَاءِ فِي الشَّامِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ كُلِّ بَلَدٍ يَخْتِاجُونَ إِلَى الْقَاضِي ، وَلَا يُمَكِّنُهُمُ الْمَصِيرُ إِلَى بَلَدِ الْإِمَامِ ، وَمَنْ أَمَكَّنَهُ ذَلِكَ شَقَّ عَلَيْهِ ، فَجَبَّ إِنْغَاؤُهُمْ عَنْهُ .

فصل : وإذا أَرَادَ الْإِمَامُ تَوَلِّيَةَ قَاضٍ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ خَيْرَةٌ بِالنَّاسِ ، وَيَعْرِفُ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ ، وَلَآءَ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ ذَلِكَ ، سَأَلَ أَهْلَ الْمَعْرِفَةِ بِالنَّاسِ ، وَاسْتَشْشَدَهُمْ عَلَى^(٤٠) مَنْ يَصْلُحُ . وَإِنْ ذُكِرَ لَهُ رَجُلٌ لَا يَعْرِفُهُ ، أَخْضَرَهُ وَسَأَلَهُ ، وَإِنْ عَرَفَ عَدَالَتَهُ ، وَإِلَّا بَحَثَ عَنْ عَدَالَتِهِ ، فَإِذَا عَرَفَهَا وَلَآءَ ، وَكَتَبَ لَهُ عَهْدًا بِأَمْرِهِ فِيهِ يَتَقَوَّى اللَّهُ ، وَالتَّيَسُّبُ فِي الْقَضَاءِ ، وَمُشَاوَرَةُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَتَصَفُّحُ أَحْوَالِ الشُّهُودِ ، وَتَأْمِيلُ الشَّهَادَاتِ ، وَتَعَاهُدُ الْيَتَامَى ، وَحِفْظُ أَمْوَالِهِمْ وَأَمْوَالِ الْوُقُوفِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَخْتِاجُ إِلَى مُرَاعَاتِهِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْبَلَدُ الَّذِي وَلَّاهُ قَضَاءً بَعِيدًا ، لَا يَسْتَفِيزُ إِلَيْهِ الْخَبَرُ بِمَا يَكُونُ فِي بَلَدِ الْإِمَامِ ، أَخْضَرَ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ وَقَرَأَ عَلَيْهِمَا الْعَهْدَ ، أَوْ قَرَأَهُ^(٤١) غَيْرُهُ بِحَضْرَتِهِ ، وَيَشْهَدُهُمَا^(٤٢) عَلَى تَوَلِّيَتِهِ ؛ لِيَتَمَضَّيَا مَعَهُ إِلَى بَلَدِ وِلَايَتِهِ ، فَيُقِيمَا لَهُ الشَّهَادَةَ ، وَيَقُولُ لَهَا : اشْهَدَا عَلَيَّ أَنِّي قَدْ وَلَّيْتُهُ قَضَاءَ الْبَلَدِ الْفُلَانِيِّ ، وَتَقَدَّمْتُ إِلَيْهِ بِمَا اشْتَمَلَ هَذَا الْعَهْدُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْبَلَدُ قَرِيبًا مِنْ بَلَدِ الْإِمَامِ ، يَسْتَفِيزُ إِلَيْهِ مَا يَجْرِي فِي بَلَدِ الْإِمَامِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا خَمْسَةُ أَيَّامٍ أَوْ مَا دُونَهَا ، جَازَ أَنْ يَكْتَفِيَ بِالْإِسْتِفَاضَةِ^(٤٣) دُونَ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ تَثْبُتُ بِالْإِسْتِفَاضَةِ^(٤٤) . وَهَذَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَهُ فِي ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ بِالْإِسْتِفَاضَةِ فِي الْبَلَدِ

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) في م : ٥ سوار « خطأ » .

(٣٩) أخرجه البيهقي ، في : كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٨٧/١٠ .

(٤٠) في ب : ٥ عن « .

(٤١) في ب : م : ٥ : أقرأه « .

(٤٢) في ب : م : ٥ : وأشهدهما « .

(٤٣-٤٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

القريب وَجْهَيْنِ . وقال أصحابُ أُنَى حَنِيفَةَ : تَثْبُتُ بِالِاسْتِفَاضَةِ . ولم يفصلوا بينَ
القريبِ والبعيدِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَلَّى عَلِيًّا وَمُعَاذًا قَضَاءَ الْيَمَنِ وَهُوَ بَعِيدٌ ، مِنْ غَيْرِ
إِشْهَادٍ^(٤٤) / ، وَوَلَّى الْوَلَاةَ فِي الْبِلَادِ^(٤٥) الْبَعِيدَةِ وَقَوَّضَ إِلَيْهِمُ الْوَلَايَةَ وَالْقَضَاءَ ، وَلَمْ
يُشْهِدْ ، وَكَذَلِكَ خُلَفَاؤُهُ . وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمْ^(٤٦) الْإِشْهَادُ عَلَى تَوَلِّيَةِ الْقَضَاءِ ، مَعَ بُعْدِ
بُلْدَانِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَضَاءَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، وَقَدْ تَعَذَّرَتِ الْإِسْتِفَاضَةُ فِي الْبَلَدِ
الْبَعِيدِ ؛ لِعَدَمِ وُصُولِهَا إِلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ الْإِشْهَادُ ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُشْهِدْ عَلَى
تَوَلِّيَتِهِ ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَمْ يَتَّعْثَ وَالْيَا إِلَّا وَمَعَهُ جَمَاعَةٌ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَشْهَدَهُمْ ، وَعَدَمُ نَقْلِهِ
لَا يُلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ فِعْلِهِ ، وَقَدْ قَامَ دَلِيلُهُ ، فَتَعَيَّنَ وُجُودُهُ .

١٨٦٤ - مسألة : قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (وَلَا يُؤَلَّى قَاضٍ حَتَّى
يَكُونَ بِالْعَالِمِ ، عَاقِلًا^(١) ، مُسْلِمًا ، حُرًّا ، عَدْلًا ، عَالِمًا ، فَقِيهًا ، وَرِعًا)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْقَاضِي ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْكَمَالُ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ كَامِلُ
الْأَحْكَامِ ، وَكَامِلُ الْخَلْقَةِ ، أَمَّا كَامِلُ الْأَحْكَامِ فَيُعْتَبَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَنْ يَكُونَ بِالْعَالِمِ عَاقِلًا
حُرًّا ذَكْرًا . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ جَرِيرٍ أَنَّهُ لَا تُشْتَرَطُ الذَّكُورِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُفْتِيَّةً ،
فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً فِي غَيْرِ الْخُدُودِ ؛ لِأَنَّهُ
يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ شَاهِدَةً فِيهِ^(٢) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمْرَهُمْ
أَمْرًا »^(٣) . وَلِأَنَّ الْقَاضِيَ يَحْضُرُهُ مَحَافِلُ الْخُصُومِ وَالرِّجَالِ ، وَيَخْتَاجُ فِيهِ إِلَى كَمَالِ
الرَّأْيِ وَتِمَامِ الْعَقْلِ وَالْفِطْنَةِ ، وَالْمَرْأَةُ نَاقِصَةُ الْعَقْلِ ، قَلِيلَةُ الرَّأْيِ ، لَيْسَتْ

(٤٤) في ب ، م : « شهادة » .

(٤٥) في ب ، م : « البلدان » .

(٤٦) في م : « منهم » .

(١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقصر ، من كتاب المغازي ، وفي : باب حدثنا عثمان =

أَهْلًا لِلْحُضُورِ فِي مَحَافِلِ الرِّجَالِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا وَلَوْ كَانَ مَعَهَا أَلْفُ امْرَأَةٍ مِثْلِهَا ، مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ ، وَقَدْ نَبَّهَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ضَلَالِهِنَّ وَنِسْيَانِهِنَّ ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ ^(١) . وَلَا تَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ الْعُظْمَى ، وَلَا لِتَوَلِيَةِ الْبُلْدَانِ ؛ وَهَذَا لَمْ يُؤَلِّهِهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا أَحَدٌ مِنْ خُلَفَائِهِ ، وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ ، امْرَأَةً قَضَاءً وَلَا وَلَايَةً بَلَدٍ ، فِيمَا بَلَّغْنَا ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَحُلْ مِنْهُ جَمِيعُ الزَّمَانِ غَالِبًا . وَأَمَّا كَامِلُ الْخِلْقَةِ ، فَأَنْ يَكُونَ مُتَكَلِّمًا سَمِيعًا بَصِيرًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْرَسَ لَا يُمَكِّنُهُ الشُّطُقُ بِالْحُكْمِ ، وَلَا يَفْهَمُ جَمِيعُ النَّاسِ إشارته ، وَالْأَصَمُّ لَا يَسْمَعُ قَوْلَ الْحَضَمِيِّ ، وَالْأَعْمَى لَا يَعْرِفُ الْمُدَّعَى مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَالْمُقَرَّرُ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ ، وَالشَّاهِدُ مِنَ الْمَشْهُودِ لَهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَعْمَى ؛ لِأَنَّ شُعْبِيًّا كَانَ أَعْمَى . وَهُمْ فِي الْأَخْرَسِ الَّذِي تُفْهَمُ إشارته وَجْهَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْحَوَاسَّ تُؤَثِّرُ فِي الشَّهَادَةِ ، فَيَمْتَنِعُ فَقْدُهَا وَلَايَةَ الْقَضَاءِ كَالسَّمْعِ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ مَنْصِبَ الشَّهَادَةِ دُونَ مَنْصِبِ الْقَضَاءِ ، وَالشَّاهِدُ يَشْهَدُ فِي أَشْيَاءَ يَسِيرَةٍ يُحْتَاجُ إِلَيْهَا فِيهَا ، وَرَبَّمَا أَحَاطَ بِحَقِيقَةِ عِلْمِهَا ، وَالْقَاضِي وَلَايَتُهُ عَامَّةٌ ، وَيَحْكُمُ فِي قَضَايَا النَّاسِ عَامَّةً ، فَإِذَا لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ الشَّهَادَةُ ، فَالْقَضَاءُ أَوْلَى ، وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ شُعْبِيٍّ ^(٢) عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَلَا تُسَلَّمُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ كَانَ أَعْمَى ، وَلَوْ ثَبَتَ فِيهِ ذَلِكَ ، فَلَا يَلْزَمُ هُنَا ، فَإِنَّ شُعْبِيًّا ، عَلَيْهِ السَّلَامُ ، كَانَ مَنْ آمَنَ مَعَهُ مِنَ النَّاسِ قَلِيلًا ، وَرَبَّمَا لَا يَحْتَاجُونَ إِلَى حَكْمٍ بَيْنَهُمْ لِقَلِيلَتِهِمْ وَتَنَاصُفِهِمْ ، فَلَا يَكُونُ حُجَّةً فِي مَسْأَلَتِنَا . الشَّرْطُ الثَّانِي ، الْعَدَالَةُ ، فَلَا يَجُوزُ تَوَلِيَةُ فَاسِقٍ ، وَلَا مَنْ فِيهِ نَقْصٌ يَمْتَنِعُ الشَّهَادَةُ ، وَنَسْتَدْرِكُ ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَحَكِيٌّ عَنِ الْأَصَمِّ ، أَنَّهُ قَالَ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي

١١/٤ ط

= ابن المهيم ، من كتاب الفتن . صحيح البخاري ١٠/٦ ، ٧٠/٩ . والترمذي ، في : باب حدثنا محمد بن المنني ، من أبواب الفتن . عارضة الأحمدي ١١٨/٩ ، ١١٩ . والنسائي ، في : باب النهي عن استعمال النساء في الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢٠٠/٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨/٥ ، ٤٣ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥١ .

(٤) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٥-٥) سقط من : م .

فاسقاً لما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « سَيَكُونُ بَعْدِي أُمَرَاءُ ^(٦) يُؤَخَّرُونَ الصَّلَاةَ عَنْ أَوْقَاتِهَا ، فَصَلُّوْهَا لَوَقْتُهَا ، وَاجْعَلُوا صَلَاتَكُمْ مَعَهُمْ ^(٧) سُبْحَةً ^(٨) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾ ^(٩) . فَأَمَرَ بِالتَّبَيُّنِ عِنْدَ قَوْلِ الْفَاسِقِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ مِمَّنْ لَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ ، وَيَجِبُ التَّبَيُّنُ عِنْدَ حَكْمِهِ ؛ وَلَئِنْ الْفَاسِقُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا ، فَلَوْلَا يَكُونُ قَاضِيًا أَوَّلَى . فَأَمَّا / الْخَبْرُ فَأُخْبِرَ بِوُقُوعِ كَوْنِهِمْ أُمَرَاءَ ، لَا بِمَشْرُوعِيَّتِهِ ، وَالتَّرَاغُ فِي صِحَّةِ تَوَلِّيَّتِهِ ، لَا فِي وُجُودِهَا . الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْاجْتِهَادِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَبَعْضُ الْحَنْفِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَامِلِيًا فَيُحْكَمَ بِالتَّقْلِيدِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْهُ فَصْلُ الْخَصَائِمِ ، فَإِذَا امْتَكَنَهُ ذَلِكَ بِالتَّقْلِيدِ جَارٍ ، كَمَا يُحْكَمُ بِقَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ أَحْكَمْتُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ^(١٠) . وَلَمْ يَقُلْ بِالتَّقْلِيدِ ، وَقَالَ : ﴿ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أُرِيكَ اللَّهُ ﴾ ^(١١) . وَقَالَ : ﴿ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ^(١٢) . وَرَوَى بُرَيْدَةُ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ ؛ اثْنَانِ فِي النَّارِ ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى ^(١٣) بِهِ ، فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ ، فَهُوَ فِي النَّارِ ، وَرَجُلٌ جَارَى الْحُكْمِ ، فَهُوَ فِي النَّارِ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ^(١٤) . وَالْعَامِيُّ يَقْضِي عَلَى الْجَهْلِ ^(١٥) ، وَلَئِنْ الْحُكْمَ آكَدَ مِنَ الْفُتْيَا ؛ لِأَنَّهُ فُتْيَا

(٦) في الأصل : « أمة » .

(٧) في الأصل : « معه » .

(٨) تقدم تخريجه ، في ٢١/٣ . ويضاف إليه : وأخرجه مسلم أيضا ، في : باب التنبؤ إلى وضع الأيدي ... ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ٣٧٩/١ والسبحة : النافلة .

(٩) سورة الحجرات ٦ .

(١٠) سورة المائدة ٤٩ .

(١١) سورة النساء ١٠٥ .

(١٢) سورة النساء ٥٩ .

(١٣) في الأصل : « وقضى » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٧ .

(١٥) في ب ، م : « جهل » .

والزَّامُ ، ثم الْمُفْتَى لا يجوزُ أن يكونَ عامًّا مُقَلَّدًا ، فالْحُكْمُ أَوَّلَى . فإن قيل : فالْمُفْتَى يجوزُ أن يُخْبَرَ بما سَمِعَ . قلنا : نعم . إلاَّ أنَّه لا يكونُ مُفْتًى في تلك الحال ، وإنما هو مُخْبِرٌ ، فيحتاجُ أن يُخْبَرَ عن رجلٍ يَعْنِيهِ من أهل الاجتهاد فيكونُ مَعْمُولًا بِخَبَرِهِ لا بِفُتْيَاهُ ، وخالفَ ^(١٦) قولَ ^(١٧) الْمُقَوِّمِينَ ^(١٨) ؛ لأنَّ ذلك لا يُمْكِنُ إلَّا بِمَعْرِفَتِهِ بِنَفْسِهِ ، بخلافِ الْحُكْمِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فمن شرطِ الاجتهادِ معرفةُ سِتَّةِ أَشْيَاءَ ؛ الكتابُ ، والسُّنَّةُ ، والإجماعُ ، والاختلافُ ، والقياسُ ، ولسانُ العربِ . أمَّا الكتابُ ، فيحتاجُ أن يَعْرِفَ منه عَشْرَةُ أَشْيَاءَ ؛ الخاصُّ ، والعامُّ ، والمُطْلَقُ ، والمُقَيَّدُ ، والمُحْكَمُ ، والمُتَشَابِهُ ، والمُجْمَلُ ، والمُفَسَّرُ ، والتَّاسِخُ ، والمنسوخُ في الآياتِ المتعلقة بالأحكامِ ، وذلك نحوُ حَمْسِمِائَةٍ ، ولا يَلْزَمُهُ معرفةُ سائرِ القرآنِ . فأما السُّنَّةُ ، فيحتاجُ إلى معرفةٍ ^(١٩) ما يتعلَّقُ منها بالأحكامِ دونَ سائرِ الأخبارِ ، من ذكرِ الجَنَةِ والنارِ والرَّقَائِقِ ، ويحتاجُ أن يَعْرِفَ منها ما يَعْرِفُ مِنَ الكتابِ ، وَيَزِيدُ معرفةَ التَّوَاتُرِ ، والآحادِ ، والمُرْسَلِ ، والمُتَّصِلِ ، والمُسْتَدِ ، والمُنْفَطِيعِ ، والصَّحِيحِ ، والضعيفِ ، ويحتاجُ إلى معرفةِ ما أَجْمَعَ عليه ، وما اختلفَ فيه ، ومعرفةِ القياسِ ، وشروطه ، وأنواعه ، وكيفيةِ اسْتِنْبَاطِ الأحكامِ ، ومعرفةِ لسانِ العربِ فيما يتعلَّقُ بما ذَكَرَ ؛ ليتعرَّفَ به اسْتِنْبَاطُ الأحكامِ من أصنافِ علومِ الكتابِ والسُّنَّةِ ، وقد نصَّ أحمدٌ على اشتراطِ ذلك لِلْفُتْيَا ، والحُكْمِ في معناه . فإن قيل : فهذه ^(٢٠) شروطُ لا تجتمعُ ^(٢١) في أَحَدٍ ^(٢٢) ، فكيف يجوزُ اشتراطُها ؟ . قلنا : ليس من شرطه أن يكونَ مُجِبِّطًا بهذه العلومِ إحاطةً تَجْمَعُ أَقْصَاهَا ، وإنما يحتاجُ ^(٢٣) أن يَعْرِفَ من ذلك ما يتعلَّقُ بالأحكامِ مِنَ الكتابِ والسُّنَّةِ ولسانِ العربِ ، ولا أنْ يُحِيطَ بجميعِ

٥/١١

(١٦) في ب ، م ، : وخالف .

(١٧) في م زيادة : معرفته .

(١٨) في النسخ : المقولين . وتقدم .

(١٩) في ب ، م ، : معرفته .

(٢٠) في م : هذه .

(٢١) (٢١-٢٢) سقط من : م .

(٢٢) في م زيادة : إلى .

الأخبار الواردة في هذا ، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب ، خليفتا رسول الله ﷺ ، ووزيرا^(٢٣) ، وخير الناس بعده ، في حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة ، يسألان الناس فيخبران ، فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة ، فقال : مالك في كتاب الله شيء ، ولا أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئا ، ولكن أرجعى حتى أسأل الناس . ثم قام فقال : أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله ﷺ في الجدة ؟ فقام المغيرة بن شعبه ، فقال : أشهد أن رسول الله ﷺ أعطاها السدس^(٢٤) . وسأل عمر عن إملاص المرأة ، فأخبره المغيرة^(٢٥) بن شعبه^(٢٦) أن النبی ﷺ قضى فيه بغرة^(٢٧) . ولا يشترط معرفة المسائل التي فرعها المجتهدون في كتبهم ، فإن هذه فروع فرعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد ، فلا تكون شرطا له وهو سابق / عليها . وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهدا في كل المسائل ، بل من عرف أدلة مسألة ، وما يتعلق بها ، فهو مجتهد فيها ، وإن جهل غيرها ، كمن يعرف الفرائض وأصولها ، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع ، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل . وقيل : من يجيب في كل مسألة فهو مجنون ، وإذا ترك العالم : لا أذرى . أصيبت مقائلته . وحكى^(٢٧) أن مالك^(٢٨) سئل عن أربعين مسألة ، فقال في ست وثلاثين منها : لا أذرى . ولم يخرج ذلك عن كونه مجتهدا . وإنما المستغنى أصول هذه الأمور ، وهو مجموع مدون في فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ، ورزق فهمه ، كان مجتهدا ، له الفتيا ولاية المحكم إذا وليه . والله أعلم .

فصل : ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً . وقيل : يشترط ذلك ؛ ليُعلم^(٢٨) ما

٦/١١

(٢٣) في الأصل ، ب : ٥ ووزراء .

(٢٤) تقدم ترجمته ، في : ٥٤/٩ .

(٢٥-٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٦) تقدم ترجمته ، في : ٦٠/١٢ .

(٢٧-٢٨) في ب : ٥ عن مالك أنه .

(٢٨) في م : ٥ لعلم .

يَكْتَبُهُ كَاتِبُهُ^(٢٩) ، ولا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِخْفَائِهِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ أُمِّيًّا ، وَهُوَ سَيِّدُ الْحُكَّامِ ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ الْحُكْمِ^(٣٠) الْكِتَابَةُ ، فَلَا تُعْتَبَرُ شُرُوطُهَا ، وَإِنْ اخْتِاجَ إِلَى ذَلِكَ جَارٌ قَوْلَيْتُهُ لِمَنْ يَعْرِفُهُ ، كَمَا أَنَّهُ قَدْ يَخْتِاجُ إِلَى الْقِسْمَةِ بَيْنَ النَّاسِ^(٣١) ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ مَعْرِفَةُ الْمِسَاحَةِ ، وَيَخْتِاجُ إِلَى التَّقْوِيمِ ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ^(٣٢) الْقَضَاءِ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِقِيَمِ^(٣٣) الْأَشْيَاءِ ، وَلَا مَعْرِفَتُهُ بِغُيُوبِ كُلِّ شَيْءٍ .

فصل : وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ قَوِيًّا مِنْ غَيْرِ عُنْفٍ ، لِيَتَأَمَّنَ مِنْ غَيْرِ ضَعْفٍ ، لَا يَطْمَعُ الْقَوِيُّ فِي بَاطِلِهِ ، وَلَا يَتَأَسُّ الضَّعِيفُ مِنْ عَذْلِهِ ، وَيَكُونُ حَلِيمًا ، مُتَأَنِّيًا ، ذَا فِطْنَةٍ وَتَبَقُّظٍ ، لَا يُؤْتِي مِنْ غَفْلَةٍ ، وَلَا يُخَذِّعُ لِفِرَّةٍ ، صَحِيحَ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ ، عَالِمًا بِلُغَاتِ أَهْلِ وَلَايَتِهِ ، عَفِيفًا ، وَرِعًا ، نَزْهًا^(٣٤) ، بَعِيدًا عَنِ^(٣٥) الطَّمَعِ ، صَدُوقَ اللَّهْجَةِ ، ذَارِيًا وَمَشُورًا ، لِكَلَامِهِ لِيَنْ إِذَا قَرَّبَ ، وَهَيِّبًا إِذَا أَوْعَدَ ، وَوَفَاءً إِذَا وَعَدَ ، وَلَا / يَكُونُ جَبَّارًا ، وَلَا عَسُوفًا ، فَيَقْطَعُ ذَا الْحُجَّةِ عَنْ حُجَّتِهِ . قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي قَاضِيًّا حَتَّى تَكُونَ فِيهِ خَمْسُ خَصَالٍ ؛ عَفِيفٌ ، حَلِيمٌ ، عَالِمٌ بِمَا كَانَ قَبْلَهُ ، يَسْتَشِيرُ ذَوِي الْأَلْبَابِ ، لَا يَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةَ لَائِمٍ . وَعَنْ عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٣٦) ، قَالَ : يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ تَجْتَمِعَ فِيهِ سَبْعُ خَلَالٍ ، إِنْ فَاتَتْهُ وَاحِدَةٌ كَانَتْ فِيهِ وَصْمَةٌ : الْعَقْلُ ، وَالْفَقْهُ ، وَالْوَرَعُ ، وَالنَّزَاهَةُ ، وَالصَّرَافَةُ ، وَالْعِلْمُ بِالسُّنَنِ ، وَالْحِلْمُ^(٣٧) . وَرَوَاهُ سَعِيدٌ^(٣٨) . وَفِيهِ : يَكُونُ فِيهِمَا ، حَلِيمًا ، عَفِيفًا ،

١١/٦ ظ

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في ب ، م : (الحاكم) .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في الأصل : (شرطه) .

(٣٣) في ب ، م : (بقيمة) .

(٣٤) في ب : (من) .

(٣٥) في ب زيادة : (وأنه) .

(٣٦) في ب ، م : (والحكم) .

(٣٧) وأخرج نحوه البيهقي ، من طريق سعيد بن منصور ، في : باب مشاوره الوالي والقاضي في الأمر ، من كتاب آداب =

صَلِيًّا^(٣٨) ، سَأَلَ أَعْمَا لَا يَعْلَمُ . وفي رواية : مُتَحِمِلًا لِلْإِثْمَةِ ؛ وَلَا يَكُونُ ضَعِيفًا ، مَهِينًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُسْطُ الْمُتَخَاصِمِينَ إِلَى التَّهَاتُّرِ وَالتَّشَاتُّمِ بَيْنَ يَدَيْهِ . وقال عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا غَرْلَ فُلَانًا عَنِ الْقَضَاءِ ، وَلَأَسْتَعْمِلَنَّ رَجُلًا إِذَا رَأَاهُ الْفَاجِرُ فِرْقَهُ^(٣٩) .

فصل : وله أَنْ يَنْتَهَرَ الْخَصْمَ إِذَا التَوَّى ، وَيُصَيِّحَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ التَّعْزِيرَ عَزَّزَهُ بِمَا يَرَى مِنْ أَدَبٍ أَوْ حَبْسٍ . وَإِنْ أَقَاتَ عَلَيْهِ بِأَنْ يَقُولَ : حَكَمْتُ عَلَى بَغِيرِ الْحَقِّ . أَوْ : ارْتَشَيْتَ . فَلَهُ تَأْذِيهِ . وله أَنْ يَغْفُو . وَإِنْ بَدَأَ الْمُتَكَبِّرُ بِالْيَمِينِ ، قَطَعَهَا عَلَيْهِ ، وَقَالَ : أَلْبَيْتُهُ عَلَى خَصْمِيكَ^(٤٠) . فَإِنْ عَادَ تَهَرَّهَ^(٤١) ، فَإِنْ عَادَ عَزَّزَهُ إِنْ رَأَى . وَأَمْثَالُ ذَلِكَ مِمَّا^(٤٢) فِيهِ إِسَاءَةُ الْأَدَبِ ، فَلَهُ مُقَابَلَةٌ فَاعِلِهِ ، وَلَهُ الْعَفْوُ .

فصل : وإذا^(٤٣) وَلَّى الْإِمَامُ رَجُلًا الْقَضَاءَ^(٤٤) ، فَإِنْ كَانَتْ وَلَايَتُهُ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ ، فَأَرَادَ السَّيْرَ إِلَى بَلَدٍ^(٤٥) وَلَايَتُهُ ، بَحَثَ عَنْ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، لِيَسْأَلَهُمْ عَنْهُ ، وَيَتَعَرَّفَ مِنْهُمْ مَا يَخْتِاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، سَأَلَ فِي طَرِيقِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، سَأَلَ إِذَا دَخَلَ الْبَلَدَ عَنْ أَهْلِهِ ، وَمَنْ بِهِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْفُضَلَاءِ وَأَهْلِ الْعَدَالَةِ وَالسَّيْرِ^(٤٦) ، وَسَائِرِ مَا يَخْتِاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، وَإِذَا قَرَّبَ مِنَ الْبَلَدِ ، بَعَثَ مَنْ يُعَلِّمُهُمْ بِقُدُومِهِ لِيَتَلَقَّوْهُ ، وَيَجْعَلَ قُدُومَهُ يَوْمَ الْخَمِيسِ / إِنْ أَمَكْنَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا قَدِمَ مِنْ سَفَرٍ ، قَدِمَ يَوْمَ الْخَمِيسِ^(٤٧) ، ثُمَّ

٧/١١ و

= القاضي . السنن الكبرى ١٠/١١٠ . وأورده البخاري ، في : باب متى يستوجب الرجل القضاء ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٨٤/٩ . كلامنا بلفظ : خمس عصال .

(٣٨) في ب ، م : صلبا .

(٣٩) فرقه : أى خافه . وأخرجه البيهقي ، في : باب القاضي إذا بان له من أحد الخصمين اللدنهائه عنه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٨/١٠ وذكره وكيع ، في أخبار القضاة ٢٧٠/١ .

(٤٠-٤١) سقط من : ب ، م .

(٤١) في الأصل : فيما .

(٤٢) في م : وإن .

(٤٣) في الأصل : للقضاء .

(٤٤) في ب ، م : بلاد .

(٤٥) في ب ، م : السير .

(٤٦) لم نجد هذا ، ولعل المصنف أراد الخروج إلى السفر . انظر : جامع الأصول ١٥/٥ .

يقصد الجامع ، فيصلى فيه ركعتين ، كما كان النبي ﷺ يفعل إذا دخل المدينة^(٩٧) ، ويسأل الله تعالى التوفيق والعصمة والمعونة ، وأن يجعل عمله صالحا ، ويجعله لوجهه خالصا ، ولا يجعل لأحد فيه شيئا ، ويُفوض أمره إلى الله تعالى ، ويتوكل عليه ، ويأمر مُناديه فينادي في البلد ، إن فلانا قدم عليكم قاضيا ، فاجتمعوا لقرائه عهده ، وقت كذا وكذا . وينصرف إلى منزله الذي قد أعد له ، ويتبغى أن يكون في وسط البلد ؛ ليستأوى أهل البلد^(٩٨) فيه ، ولا يشق على بعضهم قصده ، فإذا اجتمعوا أمر بعهده فقرأ عليهم ، ليُعلموا التولية ، ويأتوا إليه ، ويعد الناس يوما يجلس فيه للقضاء ، ثم ينصرف إلى منزله . وأول ما يبدأ فيه^(٩٩) من أمر الحكيم ، أن يبعث إلى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم ؛ وهو ما فيه وثائق الناس من المحاضر ، وهي تُسح ما بُثت عند الحاكم ، والسجلات تُسح ما حكم به ، وما كان عنده من حُجج الناس ووثائقهم مودعة في ديوان الحكم ، فكانت عنده بحكم الولاية ، فإذا انتقلت الولاية إلى غيره ، كان عليه تسليمها إليه ، فتكون مودعة عنده في ديوانه ، ثم يخرج في اليوم الذي وعد بالجلوس فيه إلى مجلسه ، على أكمل حال^(١٠٠) وأعد لها ، تحليا من الغضب ، والجوع الشديد والعطش ، والفرج الشديد والحزن الكثير ، والهم العظيم ، والوجع المؤلم ، ومداغة الأختين أو أحدهما ، والتعاسي الذي يغمر القلب ؛ ليكون أجمع لقلبه ، وأخضر لذهنه ، وأبلغ في تيقظه للصواب ، وفطنته لموضع الرأي ؛ ولذلك قال النبي ﷺ : « لَا يَقْضِي الْقَاضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانِ »^(١٠١) . فنص على الغضب ، وثبه على ما في

(٩٧) أخرجه البخاري ، في : باب الصلاة إذا قدم من سفر ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ٩٤/٤ .
 وسلم ، في : باب استحباب الركعتين في المسجد ... ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٩٤٦/١ . وأبو داود ، في : باب في الصلاة عند القدوم من السفر . سنن أبي داود ٨٢/٢ . والحاكم ، في : كتاب معرفة الصحابة . المستدرک ١٥٥/٣ . وإمام أحمد ، في : المسند ٤٥٥/٣ . والبيهقي ، في : باب الصلاة عند القدوم ، من كتاب الحج . السنن الكبرى ٢٦١/٥ .

(٩٨) في م : « المدينة » .

(٩٩) في ب : « به » .

(١٠٠) في م : « حالة » .

(١٠١) أخرجه البخاري ، في : باب هل يقضى الحاكم أو يغنى وهو غضبان ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٨٢/٩ . وسلم ، في : باب كراهة قضاء القاضى وهو غضبان ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ ، ١٣٤٣ . وأبو داود ، في : باب القاضى يقضى وهو غضبان ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧١/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء لا يقضى القاضى وهو غضبان ، من أبواب الأحكام . عارضة الأعدوى ٧٨ ، ٧٧/٦ =

مَعْنَاهُ مِنْ سَائِرِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَيُسَلَّمُ عَلَى مَنْ يَمُرُّ بِهِ ^(٢٦) مِنَ الْمُسْلِمِينَ ^(٢٧) فِي طَرِيقِهِ ، / وَيَذْكُرُ اللَّهُ بِقَلْبِهِ وَلِسَانِهِ حَتَّى يَأْتِيَ مَجْلِسَهُ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْعَلَهُ فِي مَوْضِعٍ بَارِزٍ لِلنَّاسِ فَيَسِيحُ ، كَالرَّحِيَةِ وَالْقَضَاءِ الْوَاسِعِ أَوْ الْجَامِعِ . وَلَا يُكْرَهُ الْقَضَاءُ فِي الْمَسَاجِدِ ^(٢٨) ، فَعَلَّ ذَلِكَ شَرِيحٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمُحَارِبُ بْنُ دِنَارٍ ، وَيَحْيَى بْنُ يَعْمَرٍ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ خُلْدَةَ ^(٢٩) ، قَاضٍ لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ وَعَثْمَانَ وَعَلِيٍّ ، أَنَّهُمْ كَانُوا يَقْضُونَ فِي الْمَسْجِدِ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْقَضَاءُ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ الْقَدِيمِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُكْرَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَقِفَ خَصْمَانِ عِنْدَهُ فِي الْمَسْجِدِ ، لَمَّا رَوَى أَنَّ عُمَرَ كَتَبَ إِلَى الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنْ لَا يَقْضَى فِي الْمَسْجِدِ ، لِأَنَّهُ تَأْتِيكَ الْحَائِضُ وَالْجَنْبُ ^(٣٠) . وَلَأنَّ الْحَاكِمَ يَأْتِيهِ الدُّمَى وَالْحَائِضُ وَالْجَنْبُ ^(٣١) ، وَكَثُرَ غَاشِيَتُهُ ، وَيَجْرِي بَيْنَهُمُ اللَّعْطُ وَالتَّكَادُبُ وَالتَّجَاوُذُ ، وَرَبَّمَا أَدَّى إِلَى السُّبِّ وَمَا لَمْ تَبْنِ لَهُ الْمَسَاجِدُ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ بِمَا قَدَرْنَا عَنْهُمْ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ : رَأَيْتُ عُمَرَ وَهُوَ ^(٣٢) مُسْتَنَبِدٌ ^(٣٣) إِلَى الْقِبْلَةِ ، يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ . وَقَالَ مَالِكٌ : هُوَ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ الْقَدِيمِ . وَلَأنَّ الْقَضَاءَ قُرْبَةً وَطَاعَةً وَإِنصَافَ بَيْنَ النَّاسِ ، فَلَمْ يُكْرَهُ فِي الْمَسْجِدِ ، وَلَا نَعْلَمُ صِحَّةَ مَا رَوَاهُ عَنْ عُمَرَ ، وَقَدْ رَوَى عَنْهُ خِلَافُهُ . وَأَمَّا الْحَائِضُ ، فَإِنْ عَرَضَتْ لَهَا حَاجَةٌ إِلَى الْقَضَاءِ ، وَكَلَّتْ ، أَوْ أَتَتْهُ مِنْزِلُهُ . وَالْجَنْبُ يَغْتَسِلُ وَيَذْخُلُ ، وَالدُّمَى يَجُوزُ دُخُولُهُ بِإِذْنِ مُسْلِمٍ . وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَجْلِسُ فِي مَسْجِدِهِ ، مَعَ حَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ

= وَالنَّاسِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنْ أَنْ يَقْضَى فِي قَضَاءِ بَقَضَاءَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ . الْخَبَرِيُّ ٢١٦/٨ ، ٢١٧ .

(٥٢-٥٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(٥٣) انْظُرْ لِذَلِكَ مَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَضَى لِأَعْنٍ فِي الْمَسْجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٨٥/٩ .

(٥٤) عُمَرَ بْنِ خُلْدَةَ ، وَيُقَالُ : عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ خُلْدَةَ الزُّرْقِيُّ الْأَنْصَارِيُّ ، تَابَعِي ، ثِقَةٌ ، مَهَبِبٌ صَارِمٌ ، وَرِعٌ عَفِيفٌ ، وَلِيَ قَضَاءَ لُدُنِيَّةٍ فِي زَمَنِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ .

انْظُرْ : تَهْلِيلُ التَّهْذِيبِ ٤٤٢/٧ . وَأَخْبَارُ الْقَضَاءِ ، لَوْكِيحٍ ١٣٠/١-١٣٣ .

(٥٥-٥٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٥٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥٧) فِي الْأَصْلِ نَهَادَةٌ : يَعْنِي « .

للحكومة والفُتيا وغير ذلك من حوائجهم ، وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضاً بالحقوق في المسجد ، وربما رفعوا أصواتهم . فقد روى عن كعب بن مالك / أنه قال : ٨/١١ :
تقاضيت ابن أبي حذَرٍ دَيناً في المسجد ، حتى ارتفعت أصواتنا ، فخرج النبي ﷺ ، فأشار إلي ، أن ضَعْ مِنْ دَينِكَ الشُّطْرَ . فقلتُ : نعم يا رسول الله ، فقال : « فَمَقِّمْ فَأَقْضِهِ » (٥٨) . ويتبين أن يكون جلوسه في وَسِطِ البلد ، لئلا يبعد على قاصديه ، ولا يتخذ حاجباً يحجب الناس عن الوصول إليه ؛ لما روى القاسم بن مُحَيَّرَةَ ، عن أبي مريم صاحب رسول الله ﷺ ، أنه قال : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئاً ، وَاحْتَجَبَ دُونَ حَاجَتِهِمْ ، احْتَجَبَ اللَّهُ دُونَ حَاجَتِهِ وَفَاقَتِهِ وَفَقَرِهِ » . رواه الترمذي (٥٩) . ولأن حاجبه ربما قدّم المتأخر وأخّر المتقدم لعرضه له ، وربما كسرهم بحجبتهم والاستئذان لهم . ولا بأس بالتخاذل حاجب في غير مجلس القضاء . ويتسبط له شيء (٦٠) يجلس عليه (٦١) ، ولا يجلس على التراب ، ولا على حصير المسجد ؛ لأن ذلك يذهب بهيئته من أعين الخصوم ، ويجعل جلوسه مستقبلاً القبلة ؛ لأن خير المجالس (٦٢) ما استقبل به القبلة . وهذه الآداب المذكورة في هذا الفصل ليست شرطاً في

(٥٨) أخرجه البخاري ، في : باب التقاضي والملازمة في المسجد ، وباب رفع الصوت في المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخاري ١/١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ١٦٠/٣ ، ٢٤٦ . وسلم ، في : باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٢ . وأبو داود ، في : باب في الصلح ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٣ . والنسائي ، في : باب حكم الحكم من داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨/٢١٠ . وابن ماجه ، في : باب الحبس في الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨١١ . والدارمي ، في : باب في إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٦١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣٩٠ .

(٥٩) في : باب ما جاء في إمام الرعية ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦/٧٤ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية والحجبة عنهم ، من كتاب الإمامة . سنن أبي داود ٢/١٢٢ . والبيهقي ، في : باب ما يستحب للقاضي ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٠١ ، ١٠٢ . (٦٠-٦٠) سقط من : م .

(٦١) في الأصل : « المجلس » .

الحُكْم ، إِلَّا ^(٦٢) الْحُلُوفُ مِنَ الْعَضْبِ وما في معناه ، فإن في اشتراطه روايتين .

فصل : وإذا جلس الحاكم في مجلسه ، فأول ما ينتظر فيه أمر المَحْبُوسِينَ ؛ لأنَّ الحبسَ عذابٌ ، وربما كان فيهم مَنْ لا يستحقُّ البقاء فيه ، فيتقدُّ إلى حَبْسِ القاضي الذي كان قبله ثِقَةً ، يكتُبُ اسمَ كُلِّ مَحْبُوسٍ ، وفيهِ حَيْسٌ ؟ ولِمَن حَيْسٌ ؟ فيحمله إليه ، فيأمرُ مُنَادِيًا يُنادي في البلدِ ثلاثةَ أيَّامٍ : ألا إنَّ القاضيَ فلانَ بنَ فلانٍ ينتظرُ في أمرِ المَحْبُوسِينَ يومَ كذا ، فَمَن كان له مَحْبُوسٌ فَلْيَحْضُرْ . فإذا حضرَ ذلكَ اليومَ ، وحضرَ الناسُ ، تركَ الرِّقَاعَ التي فيها اسمُ المَحْبُوسِينَ بين يديه ، ومدَّ يده إليها ، فما وقعَ في / يده منها نظرَ إلى اسمِ المَحْبُوسِ ، وقال : مَن حَصْنُ فلانٍ المَحْبُوسِ . فإذا قالَ حَصْنُهُ : أنا . بعثَ معه ثِقَةً إلى الحبسِ ، فأخرجَ حَصْنَهُ ، وحضرَ معه مجلسَ الحُكْمِ ، ويفعلُ ذلكَ في قَدَرٍ ما يعلمُ أنَّه يتسَعُّ زمانُهُ لِلنَّظَرِ فيه في ذلكَ المجلسِ ، ولا يُخرجُ غيرَهم ، فإذا حضرَ المَحْبُوسُ وحَصْنُهُ ، لم يسألَ حَصْنَهُ : لِمَ حَبَسْتَهُ ؟ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الحاكمَ إنما حبسه بحَقٍّ ، لكن يسألُ المَحْبُوسَ : بِمَ حَبَسْتَ ؟ ولا يخلو جوابُهُ من خمسةِ أقسامٍ ؛ أحدها ، أن يقولَ : حبسني بحَقٍّ له حالٌ ، أنا ملِيءٌ به ^(٦٣) . فيقولُ له الحاكمُ : اقضيه ، والأردَدُ ذلكَ في الحبسِ . الثاني ، أن يقولَ : له عليَّ دَيْنٌ ، أنا مُعْصِرٌ به . فيسألُ حَصْنَهُ ، فإن صدَّقه ، فليسهُ الحاكمُ وأطلقه . وإن كذَّبه ، نظرَ في سَبَبِ الدَّيْنِ ، فإن كان شيئًا حصلَ له به مالٌ ، كفرَضٍ أو شِراءٍ ، لم يَقْبَلْ قولَهُ في الإغسارِ إِلَّا بَيِّنَةً بأنَّ ماله تَلَفٌ أو نَفَدٌ ، أو بَيِّنَةٌ أنَّه مُعْصِرٌ ، فيزولُ الأصلُ الذي ثَبَتَ ، ويكونُ القولُ قولَهُ فيما يَدْعِيهِ عليه من المالِ . وإن لم يثبُتْ له أصلُ مالٍ ، ولم تَكُنْ لِحَصْنِهِ بَيِّنَةٌ بذلك ، فالقولُ قولُ المَحْبُوسِ مع بَيِّنَةٍ أنَّه مُعْصِرٌ ؛ لأنَّ الأصلَ الإغسارُ . وإن شَهِدَتْ لِحَصْنِهِ بَيِّنَةٌ بأنَّ له مالًا ، لم تُقْبَلْ حتى يُعَيَّنَ ^(٦٤) ذلكَ المالُ بما يَتَمَيَّزُ به ، فإن شَهِدَتْ عليه البَيِّنَةُ

٨/١١ ط

(٦٢) في الأصل زيادة : « أن » .

(٦٣) في الأصل : « فيه » .

(٦٤) في ب ، م : « تعين » .

بدايٍ مُعَيَّنَةٍ أو غيرها ، وصدَّقَهَا ، فلا كلامَ ، وإن كَذَّبَهَا ، وقال : ليس هذا لي ، وإنما هو في يدي لغيري . لم يُقْبَلْ إِلَّا أن يُقَرَّ به إلى واحدٍ بعينه ، فإن كان الذي أقرَّ له به حاضِرًا ، نُظِرَتْ ، فإن كَذَّبَ في إقراره ، سَقَطَ ، وقُضِيَ من المالِ ذِئْبَهُ ، وإن صدَّقه نُظِرَتْ ، فإن كان له به بَيِّنَةٌ ، فهو أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ لَهُ بَيِّنَةٌ ، وصاحبُ اليدِ يُقَرُّ له به ، وإن لم تُكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فذكرَ القاضي أَنَّهُ لا يُقْبَلُ قولُهما ، ويقضى الذَّيْنُ منه ؛ لِأَنَّهُ البَيِّنَةُ شَهِدَتْ لصاحبِ اليدِ بالملكِ / فَتَضَمَّنَتْ شَهِادَتُهُمَا^(٦٥) وَجُوبَ الْقَضَاءُ مِنْهُ ، فإذا لم تُقْبَلْ شَهِادَتُهُمَا^(٦٦) فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، قُبِلَتْ فِيمَا تَضَمَّنَتْهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لغيرِهِ ؛ وَلِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي إقرارِهِ لغيرِهِ ، لِأَنَّهُ قد فَعَلَ ذلكَ لِخُلْصَ مَالِهِ ، ويعودُ إليه ، فتَلَحُّقُهُ تَهْمَةً ، فلم تُبْطِلِ البَيِّنَةُ بَقَوْلِهِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، يثبتُ الإقرارُ ، وتُسْقَطُ البَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّهُا تَشْهَدُ بِالْمَلِكِ لِمَنْ لا يَدْعِيهِ وَيُنْكِرُهُ . الجوابُ الثالثُ ، أن يقولَ : حبسنى لِأَنَّ البَيِّنَةَ شَهِدَتْ عَلَى لِحْصَمِي بِحَقِّ لِيُحْبَثَ عَنْ حَالِ الشُّهُودِ . فهذا يَنْبَغِي على أَصْلٍ ، وهو أَنَّ الحاكمَ هل له ذلكَ أو لا ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، ليس له ذلك ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَذَابٌ ، فلا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ عَلَيْهِ . فعلى هذا لا يَرُدُّهُ إِلَى الْحَبْسِ إِنْ صدَّقَهُ حَصْمُهُ فِي هذا . والثاني ، يجوزُ حَبْسُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعِيَ قد أَقامَ ما عليه ، وإنما بَقِيَ ما على الحاكمِ مِنَ البَحْثِ . ولأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ ، فعلى هذا الْوَجْهِ ، يَرُدُّهُ إِلَى الْحَبْسِ حَتَّى يَكْشِفَ عَنْ حَالِ شُهُودِهِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ حَصْمُهُ ، وقال : بل قد عَرَفَ الحاكمُ عَدَالَةَ شُهُودِي ، وحكَمَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ . فالقولُ قولُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ حَبْسَهُ بِحَقِّ . الجوابُ الرابعُ ، أَنَّ^(٦٧) يَقُولُ : حَبْسِنِي الحاكمُ بِشَمَنِ كَلْبٍ ، أو قِيمَةِ بَحْرِ أَرْقَتِهِ لِذِمَّتِي ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَرَى ذلكَ . فَإِنْ صدَّقَهُ حَصْمُهُ ، فذكرَ القاضي أَنَّهُ يُطْلَقُ ؛ لِأَنَّهُ عَرَّمَ هذا لَيْسَ بِوَاجِبٍ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ الحاكمَ يُنفِذُ حُكْمَ الحاكمِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَقْضُ حُكْمٍ غَيْرِهِ بِاجْتِهَادِهِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَتَوَقَّفُ وَيَجْتَهِدُ أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَى شَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ

(٦٥) في ب ، م : و شهادتها .

(٦٦) سقط من : الأصل ، م .

فَعَلَّ أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَهَذَيْنِ الرَّجْهَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ حَصَصْهُ ، وَقَالَ : بَلْ حَبِسَتْ بِحَقِّ وَاجِبٍ غَيْرِ هَذَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ حَبْسُهُ بِحَقِّ . الْجَوَابُ الْخَامِسُ ، أَنْ يَقُولَ : حَبِسْتُ ظُلْمًا ، وَلَا حَقَّ عَلَى . / فَيُنَادِي مُنَادِي الْحَاكِمِ بِذِكْرِ مَا قَالَهُ ، فَإِنْ حَضَرَ رَجُلٌ فَقَالَ : أَنَا حَصَصْهُ . فَأَنْكَرَهُ ، وَكَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، كَلَّفَ الْجَوَابَ عَلَى مَا مَضَى ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، أَوْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ حَصَصْهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا حَصَصَ لَهُ ، أَوْ لَا حَقَّ عَلَيْهِ ، وَيُحْلَى سَبِيلُهُ .

فصل : ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْرِ الْأَوْصِيَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَكُونُونَ نَاضِرِينَ فِي أُمُورِ الْيَتَامَى وَالْمَجَانِينِ وَتَفْرِيقِ الْوَصِيَّةِ بَيْنَ الْمَسَاكِينِ ، فَيَقْصِدُهُمُ الْحَاكِمُ بِالنَّظَرِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْظُورَ عَلَيْهِ لَا يُمَكِّنُهُ الْمَطَالَبَةُ بِحَقِّهِ ، فَإِنَّ الصَّغِيرَ وَالْمَجْنُونِ لَا قَوْلَ لَهَا ، وَالْمَسَاكِينَ لَا يَتَعَيَّنُّ الْأَخْذُ مِنْهُمْ ، فَإِذَا قَدِمَ إِلَيْهِ الْوَصِيُّ ، فَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ قَبْلَهُ تَقَدَّ وَصِيَّتُهُ ، لَمْ يَعْزِلْهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ مَا تَقَدَّ وَصِيَّتُهُ إِلَّا وَقَدْ عَرَفَ أَهْلِيَّتَهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلَكِنْ يُرَاعِيهِ ، فَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُهُ بِفَسْقٍ أَوْ ضَعْفٍ ، أَضَافَ إِلَيْهِ أَمِينًا قَوِيًّا يُعِينُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مَا تَقَدَّ وَصِيَّتُهُ ، نَظَرَ فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ أَمِينًا قَوِيًّا ، أَقْرَهُ ، وَإِنْ كَانَ أَمِينًا ضَعِيفًا ، ضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُعِينُهُ ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، عَزَلَهُ وَأَقَامَ غَيْرَهُ . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، يُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْظُرُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَرَّفَ ، أَوْ فَرَّقَ الْوَصِيَّةَ ، وَهُوَ أَهْلٌ لِلْوَصِيَّةِ ، تَقَدَّ تَصَرُّفُهُ ، وَإِنْ كَانَ لَيْسَ بِأَهْلٍ ، وَكَانَ أَهْلُ الْوَصِيَّةِ بِالْبَغْيِ عَاقِلِينَ مُعَيَّنِينَ ، صَحَّ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ قَبَضُوا حُقُوقَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا غَيْرَ مُعَيَّنِينَ ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ . وَالثَّانِي ، لِأَضْمَانِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَهُ إِلَى أَهْلِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ فَرَّقَ الْوَصِيَّةَ غَيْرُ الْمُوصَى إِلَيْهِ بِتَقْرِيقِهَا ^(٦٧) ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْنَاءِ الْحَاكِمِ ، وَهَمَّ مَنْ رَدَّ إِلَيْهِمُ الْحَاكِمُ النَّظَرَ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ ، وَتَفْرِيقِ الْوَصَايَا الَّتِي لَمْ يُعَيَّنْ لَهَا وَصِيٌّ ، فَإِنْ كَانُوا بِحَالِهِمْ ، أَقْرَهُمْ ؛ لِأَنَّ الَّذِي

(٦٧) فِي الْأَصْلِ : « بَفَرَّقَهَا » .

قَبْلَهُ وَلَاهِم، وَمَنْ تَغَيَّرَ حَالُهُ مِنْهُمْ ، عَزَلَهُ إِنْ فَسَقَ ، وَإِنْ / ضَعُفَ ، ضَمَّ إِلَيْهِ أَمِينًا .

فصل : ثم ينظر في أمر الضَّوَالِّ واللُّقْطَةِ التي تَوَلَّى الحَاكِمُ حِفْظَهَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُخَافُ تَلَفُهُ كَالْحَيَوَانِ ، أَوْ فِي حِفْظِهِ مُؤْتَةٌ كَالْأَمْوَالِ الْجَائِيَةِ ، بَاعَهَا ، وَحَفِظَ ثَمَنَهَا لِأَرْبَابِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ كَالْأَثْمَانِ ، حَفِظَهَا لِأَرْبَابِهَا ، وَيَكْتُبُ عَلَيْهَا لِعُرْفِ .

١٨٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانُ)

لَا يَخْلَافُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، فِي أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَتَّبِعِي لَهُ أَنْ يَقْضِيَ وَهُوَ غَضَبَانُ . كَرِهَ ذَلِكَ شَرِيحٌ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَكَتَبَ أَبُو بَكْرَةَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ وَهُوَ قَاضِي بَسْجِسْتَانَ ، أَنَّ لَا تَحْكُمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَأَنْتَ غَضَبَانُ ؛ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا يَحْكُمُ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَكَتَبَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَى أَبِي مُوسَى : إِنَّا كَ وَالْعَضْبُ ، وَالْقَلْقُ ، وَالضُّجْرُ ، وَالتَّأْدَى بِالنَّاسِ ، وَالتَّكْرُّ لَهُمْ عِنْدَ الْخُصُومَةِ ، فَإِذَا رَأَيْتَ الْخُصْمَ يَتَعَمَّدُ الظُّلْمَ ، فَأَوْجِعْ رَأْسَهُ ^(٢) . وَلَئِنْ إِذَا غَضِبَ تَغَيَّرَ عَقْلُهُ ، وَلَمْ يَسْتَوْفِ رَأْيَهُ وَفِكَرَهُ . وَفِي مَعْنَى الْغَضَبِ كُلُّ مَا شَعَلَ فِكْرُهُ ، مِنَ الْجُوعِ الْمُفْرِطِ ، وَالْعَطَشِ الشَّدِيدِ ، وَالْوَجَعِ الْمُزْجِجِ ، وَمُدَافِعَةِ أَحَدِ الْأَخْبَثَيْنِ ، وَثِيْدَةِ الثُّعَاسِ ، وَالْهَمِّ ، وَالْعَمِّ ، وَالْحُزَنِ ، وَالْفَرَجِ ، فَهَذِهِ كُلُّهَا تَمْنَعُ الْحَاكِمَ ؛ لِأَنَّهَا تَمْنَعُ حَضُورَ الْقَلْبِ ، وَاسْتِيفَاءَ الْفِكْرِ ، الَّذِي يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى إِصَابَةِ الْحَقِّ فِي الْغَالِبِ ، فَهِيَ فِي مَعْنَى الْغَضَبِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، فَتَجْرِي مَجْرَاهُ . فَإِنْ حَكَمَ فِي الْغَضَبِ أَوْ مَا شَاكَلَهُ ، فَحُكْمِي عَنِ الْقَاضِي ، أَنَّهُ لَا يَنْفَعُ قَضَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَنَهِيٌّ عَنْهُ ، وَالتَّهْيُ يَقْتَضِي فَسَادَ الْمَنَهِيِّ عَنْهُ ^(٣) . وَقَالَ فِي « الْمَجْرَدِ » : يَنْفَعُ قَضَاؤُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا رَوَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ الزُّبَيْرُ

(١) تقدم ترجمته ، في صفحة ١٩ ، ٢٠ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب القضاة ، من كتاب الجامع . المصنف ١١ / ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٣) سقط من : الأصل .

ورجل من الأنصار ، في شِراجِ الحَرَّة^(٤) ، فقال النَّبِيُّ ﷺ لِلزُّبَيْرِ : « اسْقِ ، ثُمَّ أَرْسِلْ ١٠/١١ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فقال الْأَنْصَارِيُّ : أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ . فغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ / وقال لِلزُّبَيْرِ : « اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْجَذَرَ^(٥) » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . فَحَكَمَ فِي حَالِ غَضَبِهِ . وَقِيلَ : إِنَّمَا يَمْنَعُ الْغَضَبُ الْحَاكِمَ^(٧) إِذَا كَانَ قَبْلَ أَنْ يَتَضَحَّ لَهُ الْحُكْمُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، فَأَمَّا إِنْ انْضَحَّ الْحُكْمُ ، ثُمَّ عَرَضَ الْغَضَبُ ، لَمْ يَمْنَعَهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ اسْتَبَانَ قَبْلَ الْغَضَبِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ الْغَضَبُ فِيهِ .

١٨٦٦ - مسألة : قال : (وَإِذَا نَزَلَ بِهِ الْأَمْرُ الْمُشْكِلُ عَلَيْهِ مِثْلُهُ ، شَاوَرَ فِيهِ أَهْلَ الْعِلْمِ وَالْأَمَانَةِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا خَصَرَتْهُ قَضِيَّةٌ تَبَيَّنَ لَهُ حُكْمُهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ سُنَّةِ رَسُولِهِ ، أَوْ إِجْمَاعٍ ، أَوْ قِيَاسٍ جَلِيِّ ، حَكَمَ وَلَمْ يَخْتَجِ إِلَى رَأْيٍ غَيْرِهِ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِمُعَاذٍ حِينَ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ : « بِمِ تَحْكُمُ ؟ » قَالَ : بَكِتَابِ اللَّهِ . قَالَ : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ » قَالَ : بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . قَالَ : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ » قَالَ : أَجْتَهِدُ رَأْيِي ، وَلَا آلُو . قَالَ : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضَى رَسُولُ اللَّهِ^(٨) » . وَإِنْ اخْتَسَجَ إِلَى الْاجْتِهَادِ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يُشَاوَرَ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾^(٩) . قَالَ الْحَسَنُ : إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَعَنِيًّا عَنْ مُشَاوَرَتِهِمْ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ أَنْ يَسْتَقِنَ بِذَلِكَ الْحُكْمَ بَعْدَهُ^(١٠) . وَقَدْ شَاوَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَصْحَابَهُ

(٤) شراج الحرة : مسيل الماء منها إلى السهل .

(٥) الجسر : الحائط ، كالجدار .

(٦) تقدم تحريجه ، في : ١٦٨/٨ ، ١٦٩ .

(٧) في ب : الحكم .

(٨) تقدم تحريجه ، في : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

(٩) سورة آل عمران ١٥٩ .

(١٠) أخرجه البيهقي ، في : باب مشاوره القاضي والوال في الأمر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

١٠٩/١٠ .

في أسارى بذر^(٤) ، وفي مصالحة الكفار يوم الخندق^(٥) ، وفي لقاء الكفار يوم بدر^(٦) .
وروى : ما كان أحد أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ^(٧) . وشارر أبو بكر
الناس في ميراث الجدة^(٨) ، وعمر في دية الجنين^(٩) ، وشارر الصحابة في حد
الحمر^(١٠) . وروى : أن عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ ،
منهم عثمان وعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف ، إذا نزل به الأمر شاررهم
فيه^(١١) . ولا مخالف في استحباب ذلك ، قال أحمد : لما ولي سعد بن إبراهيم قضاء
المدينة ، كان يجلس بين القاسم وسالم يشاروهما ، وولي محارب بن دينار قضاء
الكوفة ، فكان يجلس بين الحكيم وحماة يشاروهما ، ما أحسن / هذا لو كان الحكام
يفعلونه ، يشارون ويتظرون . ولأنه قد يتنبه بالمشارة ، ويتذكر ما نسيه بالمذاكرة ،
ولأن الإحاطة بجميع العلوم معتذرة . وقد يتنبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون
القاضي ، فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه ! فقد روى أن أبا بكر الصديق ، رضي الله
عنه ، جاءته الجدتان ، فورث أم الأم ، وأسقط أم الأب ، فقال له عبد الرحمن بن
سهيل : يا خليفة رسول الله ، لقد أسقطت التي لو ماثت ورثها ، وورثت التي لو^(١٢)
ماثت لم يرثها . فرجع أبو بكر ، فاشترك بينهما^(١٣) . وروى عمر بن شبة ، عن الشعبي ،

و ١١/١١

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٥/١٣ .

(٥) انظر ما تقدم في : ١٥٦/١٣ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب غزوة بدر ، من كتاب الجهاد والسير . صحيح مسلم ١٤٠٣/٣ . والإمام أحمد ،
في : المسند ٢١٩/٣ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ . وانظر : الدر المنثور ١٦٣/٣ .

(٧) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في المشورة ، من كتاب الجهاد . عارضة الأحوذى ٢١٠/٧ . والبيهقي ،
في : باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٩/١٠ . والإمام الشافعي ،
انظر : كتاب الأحكام والأفضية ، من ترتيب المسند ٢٧٧/٢ .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٥٤/٩ .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٦٠/١٢ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٤٩٤/١٢ .

(١١) انظر ما أخرجه البيهقي ، في : باب من يشارر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١١٣/١٠ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٥/٩ .

أَنْ كَعَبَ بَن سُوْر^(١٤) ، كَانَ جَالِسًا عِنْدَ عَمْرٍ ، فَجَاءَتْهُ امْرَأَةٌ ، فَقَالَتْ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، مَا رَأَيْتُ رَجُلًا قَطُّ أَفْضَلَ مِنْ زَوْجِي ، وَاللَّهِ إِنَّهُ لَيَبِيتُ لَيْلَهُ قَائِمًا ، وَيَطْلُ نَهَارَهُ صَائِمًا فِي الْيَوْمِ الْخَارِ مَا يُفْطِرُ . فَاسْتَعْفَرَهَا ، وَأَنْتَى عَلَيْهَا ، وَقَالَ : مِثْلُكَ أَنْتَى^(١٥) الْخَيْرِ . قَالَ : وَاسْتَحْيَيْتِ الْمَرْأَةَ فَقَامَتْ رَاجِعَةً ، فَقَالَ كَعَبٌ : يَا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ، هَلَّا أَعْدَيْتِ الْمَرْأَةَ عَلَى زَوْجِهَا ؟ قَالَ : وَمَا شَكْتُ ؟ قَالَ : شَكْتُ زَوْجَهَا أَشَدَّ الشُّكَايَةِ . قَالَ : أَوْ ذَاكَ أَرَادَتْ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : رُدُّوْا عَلَيَّ الْمَرْأَةَ . فَقَالَ : لَا تَبَاسٌ بِالْحَقِّ أَنْ تُقُولِي ، إِنَّ هَذَا زَعَمَ أَنَّكَ جِئْتِ تَشْكِينَ زَوْجَكَ ، أَنَّهُ يَجْتَنِبُ فِرَاشَكَ . قَالَتْ : أَجَلْ ، إِنِّي امْرَأَةٌ شَائِئٌ ، وَإِنِّي لَا تَبْتَغِي مَا يَبْتَغِي النِّسَاءُ . فَأَرْسَلْتُ إِلَى زَوْجِهَا ، فَجَاءَ ، فَقَالَ لَكَعِبٍ : اقْضِي بَيْنَهُمَا . قَالَ : أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ أَحَقُّ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا . قَالَ : عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتَقْضِيَنَّ بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّكَ فَهِمْتَ مِنْ أَمْرِهِمَا مَا لَمْ أَفْهَمْ . قَالَ : فَإِنِّي أَرَى كَأَنَّهَا امْرَأَةٌ^(١٦) عَلَيْهَا ثَلَاثُ نِسْوَةٍ ، هِيَ^(١٧) رَابِعُهُنَّ ، فَأَقْضِي لَهُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنَّ^(١٨) يَتَعَبَّدُ فِيهِنَّ ، وَلَهَا يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ . فَقَالَ عَمْرٌ : وَاللَّهِ مَا رَأَيْتُكَ الْأَوَّلَ أَعْجَبَ إِلَيَّ مِنَ الْآخِرِ ، أَذْهَبَ فَأَنْتِ قَاضِيَةٌ عَلَى الْبَصَرِ^(١٩) . إِذَا ذَبْتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُشَاوِرُ أَهْلَ الْعِلْمِ وَالْأَمَانَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَيْسَ كَذَلِكَ فَلَا قَوْلَ

١١/١١ ط له في الحادثة ، وَلَا يُسَكَّنُ إِلَى قَوْلِهِ . / قَالَ سُفْيَانُ : وَلَيَكُنْ أَهْلُ مَشُورَتِكَ أَهْلُ الثَّقَوَى وَأَهْلُ الْأَمَانَةِ . وَشَاوِرُ الْمَوَاقِفِينَ وَالْمُخَالَفِينَ ، وَيَسْأَلُهُمْ عَنْ حُجَّتِهِمْ ، لِيَبَيِّنَ لَهُ الْحَقُّ .

فصل : والمُشاورةُ ههنا لاستخراج الأدلة ، ويُعرف الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن يُقلد غيره ، ويحكم بقول سيواه ، سواء ظهر له الحق فخالقه غيره فيه ، أو لم يظهر له شيء ، وسواء ضاق الوقت ، أو لم يضيق . وكذلك ليس للمفتي الفتيا بالتقليد .

(١٤) ق : م : سوار . خطأ .

(١٥) ق ب ، م : أنتى .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل : وهي .

(١٨) ق ب ، م : ٥ ليالين .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٢٣٨ / ١٠ .

وهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد ، جاز له ترك رأيه لرأي من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه ، فهو ضرب من الاجتهاد . ولأنه يعتقده أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد . ولنا ، أنه من أهل الاجتهاد ، فلم يجز له تقليد غيره ، كما لو كان مثله ، كالمجتهدين في القبلة ، وما ذكره^(٢٠) ليس بصحيح ؛ فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ ، فإذا اعتقده أن ما قاله خطأ ، لم يجز له أن يفعل به ، وإن كان لم يبين له الحق ، فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد .

فصل : قال أصحابنا : يستحب أن يُحضّر مجلسه أهل العلم من كل مذهب ، حتى إذا حدثت حادثة ، يقتصر إلى أن يسألهم عنها سألهم ، ليدكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها ، فإنه أسرع لاجتهاده ، وأقرب لصوابه ، فإن حكم بالاجتهاد ، فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده ؛ لأن فيه افتيائا عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصا^(٢١) أو إجماعا .

فصل : وينبغي له أن يُحضّر شهوده مجلسه ، ليستوفي بهم الحقوق ، وثبت بهم الحجج والمناظر ، فإن كان ممن يحكم بعلمه ، فإن شاء أذناهم إليه ، وإن شاء باعدهم منه ، بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم / ليشهدوا بذلك ، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه ، أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين ، لئلا يقر منهم مقرر ثم ينكر ويحصد ، فيحفظوا عليه إقراره ، ويشهدوا به .

فصل : وإذا انفصلت به الحادثة ، واستنارت الحجة لأحد الخصمين ، حكم . وإن كان فيها لبس ، أمرها بالصلح ، فإن أيا أخرهما إلى البيان ، فإن عجلها قبل

(٢٠) في الأصل : ذكره .

(٢١) في الأصل : قضاء .

البيان ، لم يصلح حكمه . ومن رأى الإصلاح بين الخصمين ، شريح ، وعبد الله بن عتبة ، وأبو حنيفة ، والشعبي ، والعنبري . وروى عن عمر ، أنه قال : ردوا الخصوم حتى يصلحوا ، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن^(٢٢) . قال أبو عبيد : إنما يسعه الصلح في الأمور المشككة ، أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين ، وتبين له موضع الظالم ، فليس له أن يحملهما على الصلح . ونحوه قول عطاء . واستحسنه ابن المنذر . وروى^(٢٣) عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة .

فصل : وإذا حدثت حادثة ، نظر في كتاب الله ، فإن وجدها ، وإلا نظر في سنة رسوله ، فإن لم يجدها ، نظر في القياس ، فالحقها بأشبه الأصول^(٢٤) بها ، لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل ، وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة ، عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرو والرجال مجهولون ، إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم ، رواه سعيد بن منصور ، والإمام أحمد ، وغيرهما ، وتلقاه العلماء بالقبول ، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافق ، فروى سعيد ، أن عمر قال لشريح : انظر ما يتبين لك في كتاب الله ، فلا تسأل عنه أحدا ، وما لا يتبين لك في كتاب الله ، فاتبع فيه السنة ، وما لم يتبين لك في السنة ، فاجتهد فيه رأيك^(٢٥) . وعن ابن مسعود مثل ذلك .

١٢/١١ ط / ١٨٦٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِلَعْنِهِ)

(٢٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يرد القاضي الخصم حتى يصلحوا ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٣٠٣/٨ ، ٣٠٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الصلح بين الخصم ، من كتاب الأقضية والبيوع . المصنف ٢١٣/٧ ، ٢١٤ .

(٢٣) في الأصل : وروى .

(٢٤) في م : الوصول ؛ تحريف .

(٢٥) أخرجه ، عن عمر ، ومن طريق سعيد بن منصور ، البيهقي ، في : باب موضع المشاورة . كما أخرجه عن عمر وابن مسعود ، في : باب ما يقضى به القاضي ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١١٠/١٠ ، ١١٥ .

ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح ، والشعبي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، ومحمد بن الحسين . وهو أحد قولَي الشافعي . وعن أحمد ، رواية أخرى : يجوز له ذلك . وهو قول أبي يوسف ، وأبي ثور ، والقول الثاني للشافعي ، واختيار العزني ؛ لأن النبي ﷺ لما قالت له هند : إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ولا يدي . قال : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » ^(١) . فحكم لها من غير بينة ولا إقرار ، لعلمه بصحتها . وروى ابن عبد البر ، في « كتابه » أن عروة ومجاهداً رويًا ، أن رجلاً من بني مخزوم استعذى عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب ، أنه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا . قال عمر : إني لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيه ، ونحن غلمان ، فأنتى بأبي سفيان . فأتاه به ، فقال له عمر : يا أبا سفيان ، انهض بنا إلى موضع كذا وكذا . فنهضوا ، ونظر عمر ، فقال : يا أبا سفيان ، أخذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا . فقال : والله لا أفعل . فقال : والله لتفعلن . فقال : والله لا أفعل . فعلاه بالذرة ، وقال : تحذه لا أم لك ، فضعه ههنا ، فإنك ما علمت قديم الظلم . فأخذ أبو سفيان الحجر ، ووضعه حيث قال عمر ، ثم إن عمر استقبل القبلة ، فقال : اللهم لك الحمد حيث لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه ، وأدلتني بالإسلام . قال : فاستقبل القبلة أبو سفيان ، وقال : اللهم لك الحمد ، إذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الإسلام ما أذل به لعمر . قال ^(٢) : فحكم بعلمه . ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين ، لأنهما يغلبان على الظن ، فما تحققه وقطع به ، كان أولى ، ولأنه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم ، فكذلك في ثبوت الحق ، قياساً / عليه . وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله ، لا يحكم فيه بعلمه ؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الأدميين فما علمه قبل ولايته ^(٣) لم ^(٤) يحكم به ، وما علمه في

١٣/١١

(١) تقدم تحريجه ، في : ٣٤٨/١١ .

(٢) في ب ، م : ف قالوا .

(٣) في الأصل : ولاية .

(٤) في الأصل : ولا .

وَلَايَتِهِ ، حَكَمَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا عَلِمَهُ قَبْلَ وَلَايَتِهِ بِمَنْزِلَةِ مَا سَمِعَهُ مِنَ الشُّهُودِ قَبْلَ وَلَايَتِهِ ، وَمَا عَلِمَهُ فِي وَلَايَتِهِ ، بِمَنْزِلَةِ مَا سَمِعَهُ مِنَ الشُّهُودِ فِي وَلَايَتِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ ، وَإِنَّكُمْ تَخْصِمُونَ إِلَيَّ ، وَلَكُلِّ بَعْضِكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنُّ يَحُجُّ بِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ »^(٥) . فَدُلَّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَقْضِي بِمَا يَسْمَعُ ، لَا بِمَا يَعْلَمُ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِي قَضِيَّةِ الْحَضْرَمِيِّ وَالْكِنْدِيِّ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ »^(٦) . وَرَوَى عَنْ عَمْرِو ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ ثَدَّاعَى عِنْدَهُ رَجُلَانِ ، فَقَالَ لَهُ أَحَدُهُمَا : أَنْتَ شَاهِدِي . فَقَالَ : إِنْ شِئْتُمَا شَهِدْتُ وَلَمْ أَحْكَمْ ، أَوْ أَحْكَمْ وَلَا أَشْهَدُ^(٧) . وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(٨) فِي « كِتَابِهِ »^(٩) ، عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ أَبَا جَهْمٍ عَلَى الصَّدَقَةِ^(١٠) ، فَلَاخَاهُ رَجُلٌ فِي فَرِيضَةٍ ، فَوَقَعَ بَيْنَهُمَا شِجَاجٌ ، فَأَثَرُوا النَّبِيَّ ﷺ ، فَأَغْطَاهُمُ الْأَرْضَ ، ثُمَّ قَالَ : « إِنِّي خَاطَبْتُ النَّاسَ ، وَمُخِيرُهُمْ أَنْكُمْ قَدْ رَضِيتُمْ ، أَرْضِيْتُمْ ؟ » قَالُوا : نَعَمْ . فَصَعَّدَ النَّبِيُّ ﷺ الْمِنْبَرَ^(١١) ، فَخَطَبَ ، وَذَكَرَ الْقِصَّةَ ،

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب من أقام البيعة بعد اليمين ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب حدثنا محمد بن كثير ، من كتاب الحيل . وفي : باب موعظة الإمام للخصوم ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٢٣٥/٣ ، ٣٢/٩ ، ٨٦ . ومسلم ، في : باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ . وأبو داود ، في : باب في قضاء القاضي إذا أعطى ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٠/٢ ، ٢٧١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في التشديد ... ، من كتاب الأحكام . عارضة الأحمدي ٨٣/٦ ، ٨٤ . والنسائي ، في : باب الحكم بالظاهر ، وباب ما يقطع القضاء ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٥/٨ ، ٢١٧ . وابن ماجه ، في : باب قضية الحاكم لا تحمل حراما ولا تحرم حلالا ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٧/٢ . والإمام مالك ، في : باب الرغبة في القضاء بالحق ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧١٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٣٠٨ ، ٣٢٠ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب وعيد من اقتطع حق مسلم يمين فاجرة بالنار ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٣/١ ، ١٢٤ . وأبو داود ، في : باب في من حلف يميناً ... ، من كتاب الأيمان ، وفي : باب الرجل يهلف على علمه فيما غاب عنه ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ١٩٨/٢ ، ٢٨٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أن البيعة على المدعي ... ، من كتاب الأحكام . عارضة الأحمدي ٨٦/٦ .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يدعي شهادة القاضي أو الولي ، من كتاب البيوع . المصنف ٥٣٨/٦ . (٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) في الأصل زيادة : « فأعطاهم » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

وقال : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » قالوا : لا . فهُمْ بِهِمُ الْمُهَاجِرُونَ ، فَنَزَلَ النَّبِيُّ ﷺ فَأَعْطَاهُمْ ، ثُمَّ صَعَّدَ ، فَخَطَّبَ النَّاسَ ، ثُمَّ قَالَ : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » . قالوا : نعم ^(١١) . وهذا يُبَيِّنُ أَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ بِعِلْمِهِ .

وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَوْ رَأَيْتُ حَدًّا عَلَى رَجُلٍ ، لَمْ أَحُدْهُ ^(١٢) حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ . وَلَأَنْ تَجُوزَ الْقَضَاءُ بِعِلْمِهِ يُفْضَى إِلَى ثَهْمَتِهِ ، وَالْحُكْمُ بِمَا اشْتَهَى ، وَيُجْبِلُهُ عَلَى عِلْمِهِ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي سَفْيَانَ ، فَلَا حُجَّةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ قُتِبَا لَا حُكْمَ ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْبَى فِي حَقِّ أَبِي سَفْيَانَ مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِ ، وَلَوْ كَانَ / حُكْمًا عَلَيْهِ لَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِ فِي غَيْبَتِهِ . وَحَدِيثُ عَمْرِو بْنِ زَرْوَةَ ، كَانَ إِنْكَارًا لِلْمُنْكَرِ رَأَاهُ ، لَا حُكْمَ ^(١٣) ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ مَا وَجَدَتْ مِنْهُمَا دَعْوَى وَإِنْكَارَ بِشُرُوطِهِمَا ، وَدَلِيلِ ذَلِكَ مَا رَوَيْنَاهُ عَنْهُ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ حُكْمًا ، كَانَ مُعَارَضًا بِمَا رَوَيْنَاهُ عَنْهُ ، وَيَفَارِقُ الْحُكْمَ بِالشَّاهِدَيْنِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى ثَهْمَةٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَأَمَّا الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ ، فَإِنَّهُ يَحْكُمُ فِيهِ بِعِلْمِهِ ، بغيرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَحْكَمْ فِيهِ بِعِلْمِهِ ، لَتَسَلَّسَلَ ، فَإِنَّ الْمُزَكَّيْنِ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ عَدْلِهِمَا وَجَرَحِهِمَا ، فَإِذَا لَمْ يَعْمَلْ بِعِلْمِهِ ، اخْتِجَاعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى مُزَكِّيْنِ ، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْتَاجُ إِلَى مُزَكِّيْنِ ، فَيَتَسَلَّسَلُ ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ بِمُخْلَافَةٍ .

فصل : وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ ، إِذَا سَمِعَهُ مَعَهُ شَاهِدَانِ ، فَإِنْ لَمْ يَسْمَعْهُ مَعَهُ أَحَدٌ ، أَوْ سَمِعَهُ شَاهِدٌ ، فَتَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يَحْكُمُ بِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَحْكُمُ بِهِ حَتَّى يَسْمَعَ مَعَهُ شَاهِدَانِ ؛ لِأَنَّهُ حَكَمَ بِعِلْمِهِ .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب العامل يصاب على يديه خطأ ، من كتاب الديات . من أبي داود ٤٨٩/٢ . والنسائي ، في : باب السلطان يصاب على يديه ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣١/٨ . وابن ماجه ، في : باب الجارح يقتدى بالقود ، من كتاب الديات ٨٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : للمسنن ٢٣٢/٦ .

(١٢) في ب زيادة : منه ١ .

(١٣) كذا ورد في النسخ .

١٨٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْقُضُ^(١) مِنْ حُكْمٍ غَيْرِهِ إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ ، إِلَّا مَا خَالَفَ نَصَّ كِتَابٍ ، أَوْ سُنَّةٍ ، أَوْ إجماعًا)

وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه ، فبان له خطؤه ، أو بان له خطأ نفسه ، نظرت ؛ فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع ، نقض حكمه . وهذا قال الشافعي ، وزاد : إذا خالف قياساً^(٢) جلياً نقضه . وعن مالك ، وأبي حنيفة ، أنهما قالا : لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع . ثم ناقضا ذلك ، فقال مالك : إذا حكم بالشبهة للجار نقض حكمه . وقال أبو حنيفة : إذا حكم بين مترك التسمية ، أو حكم / بين العبيد بالقرعة ، نقض حكمه . وقال محمد ١٤/١ ابن الحسين : إذا حكم بالشاهد واليمين ، نقض حكمه . وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة . واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف ، فلم ينقض حكمه فيه ، كما لنص فيه . وحكى عن أبي ثور ، وداود ، أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه ؛ لأن عمر ، رضي الله عنه ، كتب إلى أبي موسى : لا تمنعك قضاء قضيتيه بالأمس ، ثم راجعت نفسك فيه اليوم ، فهديت لرشدك^(٣) ، أن تراجع فيه الحق ؛ فإن الرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل^(٤) . ولأنه خطأ ، فوجب الرجوع عنه ، كما لو خالف الإجماع . وحكى عن مالك أنه وافقهما في قضاء نفسه . ولنا ، على نقضه إذا خالف نصاً أو إجماعاً ، أنه قضاء لم يصادف شرطه ، فوجب نقضه ، كما لو لم يخالف الإجماع ، ويان مخالفته للشرط ، أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص ، بدليل خبر معاذ ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة ، فقد قُرب ، فوجب نقض حكمه ، كما

(١) في الأصل : « ينقض » .

(٢) في م : « نصا » .

(٣) في الأصل : « إلى رشدك » .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : باب كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ، من كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ .

لو خالف الإجماع ، أو كالأو حَكَمَ بِشَهَادَةِ كَافِرَيْنِ . وما قالوه يَبْطُلُ بما حَكَيْنَاهُ عَنْهُمْ .
فإن قيل : أليس إذا صَلَّيْنا بِالْاجْتِهَادِ إِلَى جِهَةٍ ، ثم بان له الخطأ لم يُعَدَّ ؟ قلنا : الفرق بينهما
من ثلاثة أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، أَنَّ اسْتِقْبَالَ الْقِبْلَةِ يَسْقُطُ حَالُ الْمَذَرِ^(٥) ، في حالِ
الْمُسَامَاةِ^(٦) والخوف من عَدُوٍّ^(٧) أو سَبِيٍّ^(٨) أو سَبِيٍّ أو نحوه ، مع العلم ، ولا يجوز ترك الحق
إلى غيره مع العلم بحال . الثاني ، أَنَّ الصَّلَاةَ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى ، تَدْخُلُهَا الْمُسَامَاةُ .
الثالث ، أَنَّ الْقِبْلَةَ يَتَكَرَّرُ فِيهَا اشْتِبَاهُ الْقِبْلَةِ ، فيشُقُّ الْقَضَاءُ . [و]^(٩) هُنَا إِذَا بَانَ لَهُ
الخطأ لا يعودُ الاشْتِبَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَأَمَّا / إِذَا تَغَيَّرَ اجْتِهَادُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُخَالِفَ نَصًّا وَلَا
إِجْمَاعًا ، أَوْ خَالَفَ اجْتِهَادَهُ اجْتِهَادَ مَنْ قَبْلَهُ ، لم يَنْقُضْهُ^(١٠) لِمُخَالَفَتِهِ ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَجْمَعُوا عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ أَبَا بَكْرٍ حَكَمَ فِي مَسَائِلَ بِالْاجْتِهَادِ ، وَخَالَفَهُ
عُمَرُ ، وَلَمْ يَنْقُضْ أَحْكَامَهُ ، وَعَلَى خَالَفَ عُمَرَ فِي اجْتِهَادِهِ ، فَلَمْ يَنْقُضْ أَحْكَامَهُ ،
وَخَالَفَهُمَا عَلِيٌّ ، فَلَمْ يَنْقُضْ أَحْكَامَهُمَا ، فَإِنَّ أَبَا بَكْرٍ سَوَّى بَيْنَ النَّاسِ فِي الْعَطَاءِ ،
وَأَعْطَى الْعَبِيدَ ، وَخَالَفَهُ عُمَرُ ، فَفَاضَلَ بَيْنَ النَّاسِ ، وَخَالَفَهُمَا عَلِيٌّ فَسَوَّى بَيْنَ النَّاسِ
وَحَرَّمَ الْعَبِيدَ ، وَلَمْ يَنْقُضْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ مَا فَعَلَهُ مَنْ قَبْلَهُ^(١١) ، وَجَاءَ أَهْلُ تَجْرَانِ إِلَى عَلِيٍّ
فَقَالُوا : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، كِتَابُكَ بِيَدِكَ ، وَشَفَاعَتُكَ بِلِسَانِكَ . فَقَالَ : وَتَحْكُمُ ، إِنَّ
عُمَرَ كَانَ رَشِيدَ الْأَمْرِ ، وَلَنْ أَرُدَّ قَضَاءَ قَضَى بِهِ عُمَرُ . رواه سَعِيدٌ^(١٢) . وَرَوَى أَنَّ عُمَرَ
حَكَمَ فِي الْمُشْرِكَةِ بِإِسْقَاطِ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ ، ثُمَّ شَرَكَ^(١٣) بَيْنَهُمْ بَعْدَ ، وَقَالَ : تِلْكَ

(٥) في الأصل نهادة : : في .

(٦) في الأصل ، ١ : : المساماة .

(٧-٧) سقط من : ب ، م .

(٨) نكلمة لازمة .

(٩) في الأصل : : ينتفضه .

(١٠) انظر ما تقدم في : ٣٠/٩ .

(١١) وأخرجه البيهقي ، في : باب من اجتهد من الحكماء ثم تغير اجتهد ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٢٠/١٠ .

(١٢) في الأصل : : يشارك .

على ما قضينا ، وهذه على ما قضينا^(١٣) . وقضى في الجَدِّ بقضايا مختلفة ، ولم يردَّ الأولى^(١٤) . ولأنه يودى إلى نقض الحُكْمِ بِمِثْلِهِ ، وهذا يودى إلى أن لا يثبت الحُكْمُ أصلاً ؛ لأنَّ الحاكم^(١٥) الثاني يُخَالِفُ الذى قبله ، والثالث يُخَالِفُ الثانى ، فلا يثبت حُكْمٌ . فإن قيل : فقد روى أن شريحاً حكَمَ فى ابْنِ عَمٍّ ، أحدهما أخ لأُمِّ ، أن المَالِ للأخ ، فرفع ذلك إلى عليٍّ ، رضى الله عنه ، فقال : علىَّ بالعبد . فجىء به . فقال : فى أى كتاب الله وجدَّ ذلك ؟ فقال : قال الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(١٦) . فقال له عليٌّ : فقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَهُوَ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلٍّ وَّحِدٌ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ﴾^(١٧) . ونقض حُكْمَهُ^(١٨) . قلنا : لم يثبت عندنا أنَّ علياً نقض حُكْمَهُ ، ولو ثبت فيحتمل أن يكون عليٌّ / رضى الله عنه ، اعتقد أنه خالف نصَّ الكتاب فى الآية التى ذكرها ، فنقض حُكْمَهُ لذلك .

فصل : إذا تغيَّر اجتِهاده قبل الحُكْمِ ، فإنه يحكُمُ بما تغيَّر اجتِهاده إليه ، ولا يجوز أن يحكُمَ باجتِهاده الأول ؛ لأنه إذا حكَمَ فقد حكَمَ بما يعتقده أنه باطلٌ ، وهذا كما قلنا فى من تغيَّر اجتِهاده فى القبلة بعد ما صلى لا يعيدُ ، وإن كان قبل أن يصلى ، صلى^(١٩) إلى الجهة التى تغيَّر اجتِهاده إليها . وكذلك^(٢٠) إذا بان فسقُ الشهود قبل الحُكْمِ ، لم يحكُمَ بشهادتهم ، ولو بان بعد الحُكْمِ ، لم يتقضه .

(١٣) أخرجه البيهقى فى الموضع السابق . وانظر ما تقدم فى : ٢٤ / ٩ .

(١٤) انظر : ما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى قول عمر فى الجد ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٣٥٤ / ٢ .

(١٥) فى ب : : الحكم .

(١٦) سورة الأنفال ٧٥ .

(١٧) سورة النساء ١٢ .

(١٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب ميراث ابْنِ عم ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٢٣٩ / ٦ ، ٢٤٠ .

وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى ابْنِ عم أحدهما أخ لأُمِّ ، من كتاب الفرائض . السنن ٦٤ / ١ / ٣ .

(١٩) سقط من : الأصل ، م .

(٢٠) فى ب ، م : : ولذلك .

فصل : وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله ؛ لأن الظاهر صحتها وصوابها ، وأنه لا يؤلى القضاء إلا من هو من أهل الولاية ، فإن تتبعها نظر في الحاكم قبله ، فإن كان ممن يصلح للقضاء ، فما وافق من أحكامه الصواب ، أو لم يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً ، لم يسع نقضه ، وإن كان مخالفاً لأحد هذه الثلاثة ، وكان في حق الله تعالى ، كالطلاق والطلاق ، نقضه ؛ لأن له النظر في حقوق الله سبحانه ، وإن كان يتعلق بحق آدمي ، لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه ؛ لأن الحاكم لا يستوفى حقاً لمن ولاية عليه بغير مطالبة ، فإن طلب صاحبه ذلك نقضه . وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء ، نقضت قضاياها المخالفة للصواب كلها ، سواء كانت ممّا يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ ؛ لأن حكمه غير صحيح ، وقضاؤه كلاً قضاءً ، لعدم شرط القضاء فيه ، وليس في نقض قضاياها نقض الاجتهاد بالاجتهاد ؛ لأن الأول ليس بالاجتهاد ، ولا ينقض ما وافق الصواب ؛ لعدم الفائدة في نقضه ، فإن الحق وصل إلى مستحقه . وقال أبو الخطاب : ينقض قضاياها كلها ؛ ما أخطأ فيه وما أصاب . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن وجود قضائه كعدمه . ولا أعلم فيه فائدة ، فإن / الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم ، لم يغير ذلك ، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه ، والله أعلم .

١٥/١١ ط

فصل : وحكم الحاكم لا يزال الشيء عن صفة ، في قول جمهور العلماء ؛ منهم مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود ، ومحمد بن الحسين . وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم^(٢١) بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهرًا وباطنًا ، فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته ، فقبلهما القاضي بظاهر عدالتهما ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدلتهما ، وهو عالم بتعمده الكذب ، ولو أن رجلاً ادعى نكاح امرأة ، وهو يعلم أنه كاذب ، وأقام شاهدين زوري ، فحكم الحاكم ، خلث له بذلك ، وصارت زوجته . قال ابن المنذر : وتفرد أبو حنيفة ، فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين ،

(٢١) سقط من : الأصل .

شَهِدَ لَهَا بِطَلَاقِ زَوْجِهَا، وَهِيَ عِلْمَانِ^(٢٢) كَذِبُهَا وَتَرْوِيرُهَا^(٢٣)، فَحُكِمَ الْحَاكِمُ بِطَلَاقِهَا،
لَحْلُهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ، وَحُلٌّ لِأَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ نِكَاحُهَا. وَاحْتَجَّ بِمَارُؤَى عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ، أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحَهَا، فَرَفَعَهَا إِلَى عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَشَهِدَ لَهُ
شَاهِدَانِ بِذَلِكَ، فَقَضَى بَيْنَهُمَا بِالزَّوْجِيَّةِ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا تَزَوَّجَنِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ،
اغْبِثْ بَيْنَنَا عَقْدًا حَتَّى أَجِلَّ لَهُ. فَقَالَ: شَاهِدَاكَ زَوْجَاكِ. فَدَلَّ عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ ثَبَتَ
بِحُكْمِهِ. وَلَئِنْ اللَّعَانُ يَنْفَسِخُ^(٢٤) بِهِ النِّكَاحُ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا، فَالْحُكْمُ أَوَّلَى.
وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ يَكُونُ
الْحَقُّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ
حَقِّ أُخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً / مِنَ النَّارِ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٥). وَهَذَا
يَدْخُلُ فِيهِ مَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ شَيْئًا، فَحُكِمَ لَهُ، وَلَئِنْ حُكِمَ بِشَهَادَةِ زَوْرٍ، فَلَا
يُجِلُّ لَهُ مَا كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ، كَالْمَالِ الْمُطْلَقِ. وَأَمَّا الْخَبْرُ عَنْ عَلِيٍّ إِنْ صَحَّ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ
فِيهِ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ التَّزْوِيجَ إِلَى الشَّاهِدَيْنِ، لَا إِلَى حُكْمِهِ، وَلَمْ يُجِبْهَا إِلَى التَّزْوِيجِ؛ لِأَنَّ فِيهِ
طَعْنًا عَلَى الشُّهُودِ. فَأَمَّا اللَّعَانُ، فَإِنَّمَا حَصَلَتِ الْفُرْقَةُ بِهِ، لَا بِصِدْقِ الزَّوْجِ، وَهَذَا الْوُجُوهُ
قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِهِ، لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ. إِذَا ثَبَتَ هَذَا، فَإِذَا شَهِدَ عَلَى امْرَأَةٍ بِنِكَاحٍ، وَحُكِمَ
بِهِ الْحَاكِمُ، وَلَمْ تَكُنْ زَوْجَتَهُ، فَإِنَّهَا لَا تَجِلُّ لَهُ، وَيَلْزَمُهَا فِي الظَّاهِرِ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَمْتَنِعَ مَا
أَمْكَنَهَا، فَإِنْ أَكْرَهَهَا عَلَيْهِ، فَلَا تَلِثُ عَلَيْهِ ذُوْنَهَا، وَإِنْ وَطِئَهَا الرَّجُلُ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا،
وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ: عَلَيْهِ الْحَدُّ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ. وَقِيلَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ؛
لِأَنَّهُ وَطِئَ مُخْتَلَفٌ فِي جِلِّهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ غَيْرَهُ. وَقَالَ
أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ: تَجِلُّ لَزَوْجِ ثَانٍ، غَيْرَ أَنَّهَا مُنْتَوَعَةٌ مِنْهُ فِي الْحُكْمِ. وَقَالَ الْقَاضِي:
يَصِحُّ النِّكَاحُ. وَلَنَا، أَنَّ هَذَا يُقْضَى إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الْوَطْءِ لِلْمَرْأَةِ مِنَ الثَّانِي، أَحَدُهُمَا
يَطْوَئُهَا بِحُكْمِ الظَّاهِرِ، وَالْآخَرُ بِحُكْمِ الْبَاطِنِ. وَهَذَا فُسَادٌ، فَلَا يُشْرَعُ،

(٢٢ - ٢٣) في النسخ: «كذبها وتزويرها». والمثبت من: الشرح الكبير ٢٠٧/٦.

(٢٣) في الأصل: «يفسخ».

(٢٤) تقدم نثره، في صفحة ٣٢

ولأنها منكوبة لهذا الذي قامت له البيّنة ، في قول بعض الأئمّة ، فلم يُجزّ (٢٥) تزويجها
لغيره ، كالمُتزوّجة بغير وليّ . وحكى أبو الخطّاب ، عن أحمد ، رواية أخرى ، مثل
مذهب أبي حنيفة ، في أنّ حكم الحاكم يُزيل الفسوخ والعقود . والأوّل هو المذهب .

فصل : وإذا استعذى رجل على رجل إلى الحاكم ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، أنّه يلزمه
أن يُعديه ، ويستدعي خصمه ، سواء علّم بينهما مُعاملة أو لم يَعْلَمْ ، وسواء كان
المُستعذى من يُعامل المُستعذى عليه أو لا (٢٦) يُعامله ، كالفقير يدعى على ذى ثروة
وهيّة . نصّ على هذا ، في رواية / الأثرم ، في الرجل يستعذى ، على الحاكم ، أنّه
يُخضّره ويستخلفه . وهذا اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأنّ في
تركه تضييعاً للحقوق ، وإقراراً للظلم ، فإنّه قد ثبت له الحقّ على من هو أرفع منه
بعض ، أو يشتري منه شيئاً ولا يوفيه ، أو يودعه شيئاً ، أو يعيره إياه فلا (٢٧) يرده ، ولا
تُعْلَم بينهما مُعاملة ، فإذا لم يُعَدْ عليه ، سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس
الحاكم ، فإنّه لا تقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبى عند زيد (٢٧) ، وحضر هو وآخر عند
شريح ، وحضر عليّ عند شريح (٢٨) ، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد
الله . والرواية الثانية ، لا يستدعيه إلّا أن يَعْلَمْ بينهما مُعاملة ، ويتبيّن أنّ لِمَا ادّعاه أصلاً .
رؤى ذلك عن عليّ ، رضي الله عنه . وهو مذهب مالك ؛ لأنّ في ادّعائه على كلّ أحد تبديل
أهل المروءات ، وإهانة لذوى الهيات ، فإنّه لا يشاء أحد أن يُبدّلهم عند الحاكم إلّا فعل ،
وربّما فعل هذا من لا حقّ له ليفتدي المدعى عليه من حضوره وشتر خصمه بطائفة من

(٢٥) في الأصل : يجب .

(٢٦) في الأصل : لم .

(٢٧) في الأصل : فلم .

(٢٨) انظر ما أخرجه البيهقي ، في : باب إتصاف الخصمين ... من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

ماله ، والأولى أولى ؛ لأنَّ ضررَ تضييع الحقِّ أعظمُ من هذا . وللمُستعدي^(٢٩) عليه أن يُؤكِّلَ مَنْ يقومُ مقامه إن كره الحضور . وإن كان المُستعدي^(٢٩) عليه امرأة نظرت ؛ فإن كانت برّزة ، وهى التى تُبرِّزُ لقضاءِ حوائجها ، فحُكْمُها حُكْمُ الرجل . وإن كانت مُحَدَّرَةٌ ، وهى التى لا تُبرِّزُ لقضاءِ حوائجها ، أُمِرَتْ بالتوكيل . فإن توجَّهت البيِّنُ عليها ، بعثَ الحاكمُ أمينًا معه شاهدان ، فيستخلفها بحضرتيها ، فإن أقرتْ ، شهدا عليها . وذكر القاضي أنَّ الحاكمَ يبعثُ مَنْ يَقْضِي بَيْنَها وبينَ خصمِها فى دارِها . وهو مذهبُ الشافعى ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « وَاعْدِيَا أَنْتِ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمُهَا »^(٣٠) . فبعثَ إليها ولم يَسْتَدْعِها . وإذا حضروا عندها ، كان بينها وبينهم سترٌ تتكلَّمُ مِنْ وراءه ، / فإن اعترفت للمدعى أنَّها خصمُها ، حَكَمَ بينهما ، وإن أنكرت ذلك ، جِئَ بِشاهِدَيْنِ مِنْ ذَوَى رَحِمِها ، يَشْهَدَانِ أَنَّها المُدْعَى عليها ، ثم يُحْكَمُ بينهما ، فإن لم تكنْ له بَيِّنَةٌ ، التَّحَقَّتْ بِجَلْبَابِها ، وأُخْرِجَتْ مِنْ وَرَاءِ السِّتْرِ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ . وما ذكرناه أولى ، إن شاء الله ؛ لأنَّه أَسْرَأُ لها ، وإذا كانت خَفِيرَةً ، منعها الحياءُ مِنَ التَّطَلُّقِ بِحُجَّتِها ، والتَّعْيِيرِ عَنْ نَفْسِها ، سِيِّمًا مع جَهْلِها بِالْحُجَّةِ ، وَقِلَّةِ مَعْرِفَتِها بِالشَّرْعِ وَحُجَجِها .

فصل : ولا يخلو المُستعدي عليه من أن يكونَ حاضرًا أو غائبًا ؛ فإن كان حاضرًا فى البلد أو قريبًا منه ، فإن شاء الحاكمُ بعثَ مع المُستعدي عَوْنًا يُحضِرُ المُدْعَى عليه ، وإن شاء بعثَ معه قِطْعَةً مِنْ شَبْعٍ أو طِينٍ مَحْتَوًا بِخَاتَمِها ، فإذا بعثَ معه خَتَمًا ، فعادَ فذكرَ أنَّه امتنع ، أو كسَرَ الخَتَمَ ، بعثَ إليه عَوْنًا^(٣١) ، فإن امتنع ، أُلْفِذَ صاحِبُ المَعُونَةِ فَأَحْضَرَهُ ، فإذا حضرَ وشهدَ عليه شاهدانِ بالامتناعِ ، عَزَرَهُ إن رأى ذلك ، بحسَبِ ما يراه ، ثأديًا له ، إما بالكلامِ وكَشَفِ رَأْسِها ، أو بالضَّرْبِ أو بالحسِ ، فإن

(٢٩) ق م : : وللمستعدي .

(٣٠) تقدم تخريجه ، ق : ٣١٣/١٢ .

(٣١) ق ب ، م : : عيونا .

اِخْتَبَأَ بَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يُنَادِي عَلَى بَابِهِ ثَلَاثًا أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ سَمَرَ بَابَهُ ، وَخَتَمَ عَلَيْهِ ، وَجَمَعَ أُمَاتِلَ جِيرَانِهِ وَشُهُدَهُمْ عَلَى إِعْذَارِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، وَسَأَلَ الْمُدْعَى أَنْ يُسَمِّرَ عَلَيْهِ مَنْزِلَهُ ، وَيُخَيِّمَ عَلَيْهِ . وَتَقَرَّرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَنَّ الْمَنْزَلَ مَنْزِلُهُ ، سَمَرُهُ أَوْ خَتَمُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يُنَادِي عَلَى بَابِهِ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ عَدْلٍ ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ مَعَ فُلَانٍ ، أَقَامَ عَنْهُ وَكَيْلًا ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، أَقَامَ عَنْهُ وَكَيْلًا ، وَسَمِعَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ كَمَا يَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ ، وَقَضَى حَقَّهُ مِنْ مَالِهِ إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ . حَكَاهُ عَنْهُمْ أَحْمَدُ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ، وَلَمْ تَكُنْ لِلْمُدْعَى بَيِّنَةٌ ، فَكَانَ أَحْمَدُ يَتَكَبَّرُ التَّهْجُمَ عَلَيْهِ ، وَيُسْتَدُّ عَلَيْهِ حَتَّى يَظْهَرَ . / ١١/١٧ ط

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ عَلِمَ لَهُ مَكَانًا ، أَمَرَ بِالْهَجُومِ عَلَيْهِ ، فَيَبْعَثُ خَصِيئَانِ أَوْ غُلَمَانًا لِيَتَلْعَفَا الْحُلْمَ ، وَثَقَابَ مِنَ النِّسَاءِ مَعَهُمْ ذَوُو عَدْلٍ مِنَ الرِّجَالِ ، فَيَدْخُلُ النِّسَاءُ وَالصَّبِيَّانَ ، فَإِذَا حَصَلُوا فِي صَحْنِ الدَّارِ دَخَلَ الرِّجَالُ ، وَيُؤَمِّرُ الْخَصِيئَانِ بِالتَّفْتِيشِ ، وَيَتَفَقَّدُ^(٣٢) النِّسَاءَ النِّسَاءَ ، فَإِنْ^(٣٣) ظَفِرُوا بِهِ ، أَخَذُوهُ فَأَحْضَرُوهُ . وَإِنْ اسْتَعْدَى عَلَى غَائِبٍ نَظَرَتْ ، فَإِنْ كَانَ الْغَائِبُ فِي غَيْرِ وِلَايَةِ الْقَاضِي ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعَدَّى عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ ، عَلَى مَا سَنَدَكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَ فِي وِلَايَتِهِ ، وَلَهُ فِي بَلَدِهِ خَلِيفَةٌ ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَهُ ، وَكُتِبَ بِهِ إِلَى خَلِيفَتِهِ ، وَلَمْ يُحْضَرْ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةً ، نَفَذَهُ إِلَى خَصْمِهِ لِيُخَاصِمَهُ عِنْدَ خَلِيفَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ^(٣٤) فِيهِ خَلِيفَةٌ ، وَكَانَ فِيهِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ ،^(٣٥) أَذِنَ لَهُ فِي الْحُكْمِ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ^(٣٦) ، قِيلَ لَهُ : خَرَّرْ دَعْوَاكَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَا يَدْعِيهِ لَيْسَ بِحَقِّ عِنْدَهُ ، كَالشُّفْعَةِ لِلجَارِ ، وَقِيمَةِ الْكَلْبِ ، أَوْ خَمْرِ الدَّمِيِّ ، فَلَا يُكَلِّفُهُ الْحُضُورَ لِمَا لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِهِ ، مَعَ الْمَشَقَّةِ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْحَاضِرِ ، فَإِنَّهُ لَا مَشَقَّةَ فِي حُضُورِهِ ، فَإِذَا تَخَرَّرَتْ ، بَعَثَ فَأَحْضَرَ خَصْمَهُ

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : وَيَتَفَقَّدُونَ .

(٣٣) فِي الْأَصْلِ : فَإِذَا .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٥-٣٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

بَعْدَتْ الْمَسَافَةُ أَوْ قَرِبَتْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : إِنْ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَنْ يُحْضَرَ وَيُؤَدَّ قِيَّاسِي إِلَى مَوْضِعِهِ ، أَخْضَرَهُ ، وَإِلَّا لَمْ يُحْضِرْهُ ، وَيُوجِبُهُ^(٣٦) مَنْ يَحْكُمُ بَيْنَهُمَا . وَقِيلَ : إِنْ كَانَتْ الْمَسَافَةُ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، أَخْضَرَهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ فَصْلِ الْخُصُومَةِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ ، فَإِذَا لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ ، فَعَلَّ ذَلِكَ ، كَالْوِاسْتِنَاعِ مِنَ الْحُضُورِ ، فَإِنَّهُ يُؤَدَّبُ وَيُعَزَّرُ ، وَلَئِنْ الْحَاقَّ الْمَشَقَّةَ بِهِ أَوْلَى مِنَ الْحَاقِقِ بِمَنْ يُفْضِلهُ الْحَاكِمُ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَتْ أَمْرًا بَرَزَةً ، لَمْ يُشْتَرَطْ فِي سَفَرِهَا هَذَا مَحْرَمٌ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّ آدَمِيِّ ، وَحَقِّ الْآدَمِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى الشُّعِّ وَالضُّبُقِ .

١٨/١١ فصل : وَإِنْ اسْتَعْدَى عَلَى الْحَاكِمِ الْمُعْزُولِ ، لَمْ يُعْدهُ حَتَّى يَعْرِفَ مَا يَدْعِيهِ ، / فَيَسْأَلُهُ عَنْهُ ، صِيَانَةً لِلْقَاضِي عَنِ الْاِمْتِهَانِ . فَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ يَدْعِي عَلَيْهِ حَقًّا مِنْ دِينٍ أَوْ غَضَبٍ ، أَعْدَاهُ عَلَيْهِ^(٣٧) ، وَحَكَمَ بَيْنَهُمَا كَغَيْرِ الْقَاضِي . وَكَذَلِكَ إِنْ ادَّعَى أَنَّهُ أَخَذَ مِنْهُ رِشْوَةً عَلَى الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ أَخْذَ الرِّشْوَةِ عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ ، فَهِيَ كَالْغَضَبِ . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْجَوْرَ فِي الْحُكْمِ ، وَكَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، أَخْضَرَهُ ، وَحَكَمَ بِالْبَيِّنَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ بَيِّنَةٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُحْضِرْهُ ؛ لِأَنَّ فِي إِحْضَارِهِ وَسْوَالَهُ اِمْتِهَانًا لَهُ ، وَأَعْدَاءُ الْقَاضِي كَثِيرٌ ، وَإِذَا فَعَلَ هَذَا مَعَهُ ، لَمْ يُؤْمَرْ إِلَّا بِتَدْخُلِ فِي الْقَضَاءِ أَحَدًا ، خَوْفًا مِنْ عَاقِبَتِهِ . وَالثَّانِي ، يُحْضِرْهُ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَعْتَرَفَ ، فَإِنْ حَضَرَ وَاعْتَرَفَ ، حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْقَاضِي مَقْبُولٌ بَعْدَ الْعَزْلِ ، كَمَا يَقْبَلُ فِي وِلَايَتِهِ . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ^(٣٨) أَنَّهُ قَتَلَ ابْنَتَهُ ظُلْمًا ، فَهَلْ يَسْتَحْضِرْهُ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، فَإِنْ أَخْضَرَهُ ، فَاعْتَرَفَ ، حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ أَخْرَجَ عَيْنًا مِنْ يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ لِلْمَحْكُومِ لَهُ بِهَا ، عَلَى مَا سَتَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى عَلَى شَاهِدَيْنِ أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَيْهِ زُورًا ، أَخْضَرَهُمَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَا ، أَغْرَمَهُمَا ، وَإِنْ أَنْكَرَا ، وَلِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِهِمَا بِذَلِكَ ، فَأَقَامَهَا ، لِزِمَمَاهُمَا ذَلِكَ ، وَإِنْ

(٣٦) ق ٣ : وَبَرَجَدَ ٤ تحريف .

(٣٧) سقط من : ب ، م ، .

(٣٨) سقط من : ب .

أَنكَرَ لَمْ يَسْتَحْلَفَا ؛ لِأَنَّ إِخْلَافَهُمَا يُطَرِّقُ^(٣٩) عَلَيْهِمَا الدَّعَاوَى فِي الشَّهَادَةِ وَالْإِمْتِنَانِ ،
وَرُبَّمَا مَنَعَ ذَلِكَ إِقَامَةَ الشَّهَادَةِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

١٨٦٩ - مسألة ، قال : (وَإِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ ، سَأَلَ عَنْهُ ، فَإِنْ عَدَّلَهُ
اَثْنَانِ ، قَبِلَ شَهَادَتَهُ)

وجملته أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدين ، فإن عَرَفَهُمَا عَدْلَيْنِ ، حكم بشهادتهما ،
وإن عَرَفَهُمَا فَاِسْقَيْنِ ، لم يَقْبَلْ قَوْلَهُمَا ، وإن لم يَعْرِفَهُمَا ، سَأَلَ عَنْهُمَا ؛ لِأَنَّ مَعْرِفَةَ الْعَدَالَةِ
شَرْطٌ فِي قَبُولِ / الشَّهَادَةِ بِمَجْمِيعِ الْحَقُوقِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسف ، ومحمد .
وعن أحمد ، رواية أخرى : يَحْكُمُ بِشَهَادَتِهِمَا إِذَا عَرَفَ إِسْلَامَهُمَا ، بظَاهِرِ الْحَالِ ، إِلَّا
أَنْ يَقُولَ الْخَصْمُ : هما فاسقان . وهذا قول الحسن . والمال والحنفي هذا سواء ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ
مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْعَدَالَةُ ، ولهذا قال عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لِلْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى
بَعْضٍ^(١) . ورُوي ، أَنَّ أَعْرَابِيًّا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَشَهِدَ بِرُؤْيَا الْهَلَالِ ، فَقَالَ لَهُ^(٢) النَّبِيُّ
ﷺ : « أَتَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ؟ » . فقال : نعم . فقال : « أَتَشْهَدُ أَنِّي رَسُولُ
اللَّهِ ؟ » . قال : نعم : فصام ، وأمر الناس بالصَّيَامِ^(٣) . وَلِأَنَّ الْعَدَالَةَ أَمْرٌ خَفِيُّ ، سَبَبُهَا
الْخَوْفُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ الْإِسْلَامُ ، فَإِذَا وَجَدَ ، فَلْيَكْتَفِ بِهِ ، مَا لَمْ يَقُمْ عَلَى خِلَافِهِ
دَلِيلٌ . وقال أبو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الأولى ، وفي سائر الحقوق كالثانية ؛
لِأَنَّ الْخُدُودَ وَالْقِصَاصَ مِمَّا يُخْتَلِطُ لَهَا^(٤) ، وَتَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا^(٥) .
وَلَنَا ، أَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطٌ ، فَوَجِبَ الْعِلْمُ بِهَا ، كَالْإِسْلَامِ ، وَكَأَنَّ^(٦) لَوْ طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهَا .
فَأَمَّا الْأَعْرَابِيُّ الْمُسْلِمُ ، فَإِنَّهُ كَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَدْ ثَبَتَ عَدَالَتُهُمْ بِنَاءً عَلَى اللَّهِ

(٣٩) يطرق عليهما : يجز عليهما .

(١) تقدم تخريجه ، في : ١٩٣/١٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٤١٧/٤ .

(٤) في ب ، م : « لها » .

(٥) في ب ، م : « غيرها » .

(٦) في ب ، م : « أو كما » .

تعالى عليهم ، فإن من ترك دينه في زمن رسول الله ﷺ ، إشاراً لدين الإسلام ، وصحب^(٧) رسول الله ﷺ ، ثبتت عدالته . وأما قول عمر ، فالمراد به أن الظاهر العدالة ، ولا يمنع ذلك في وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة ، فقد روي عنه ، أنه أتى بشاهدني ، فقال لهما^(٨) : لست أعرفكما ، ولا يضركما إن لم أعرفكما ، جيباً بمن يعرفكما . فأتيا برجل ، فقال له عمر : تعرفهما ؟ فقال : نعم . فقال عمر : صحبتهما في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس ؟ قال : لا . قال : عاملتهما في الدنانير والدراهم التي تقطع فيهما^(٩) الرّحم ؟ قال : لا . قال : كنت جازهما^(١٠) تعرف صبايحهما ومساءهما ؟ قال : لا . قال : يا ابن أخي ، لست تعرفهما ، جيباً بمن يعرفكما^(١١) . / وهذا بحث يدل على أنه لا يكتفى بذونه . إذا ثبت هذا ، فإن الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والعدالة ، وليس فيها ما يخفى ويحتاج إلى البحث إلا العدالة ، فيحتاج إلى البحث عنها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ مِنْ تَرْضَوْنَ مِنْ أَكْثَهَدَاءِ ﴾^(١٢) . ولا نعلم أنه مرضي حتى نعرفه ، أو نُخبر عنه ، فيأمر الحاكم بكتب أسمائهم ، وكنائهم ، ونسبهم ، ويرفع^(١٣) فيها بما يتميزون به عن غيرهم ، ويكتب صنائعهم ، ومعايشهم ، وموضع مساكنهم ، وصلاتهم ؛ ليسأل عنهم^(١٤) جيرانهم ، وأهل سوقهم ، ومسجدهم ، ومحلّتهم ، ونحلتهم^(١٥) ، فيكتب : أسوداً أو أبيض ، أو أنزع أو أغم ، أو أشهل أو أكحل ، أفتى الأنف أو أفتس ، أو رقيق الشفتين أو غليظهما ، طويل

(٧) في م : ١ : وصحة .

(٨) في ب زيادة : ١ : عمر .

(٩) في ب : م : ١ : فيها .

(١٠) في ب ، م : ١ : جازهما .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب من يرجع إليه في السؤال يجب أن تكون معرفته باطنة متقادمة ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٢٥ ، ١٢٦ . والعقيل ، في : الضعفاء الكبير ٣/٤٥٤ ، ٤٥٥ . وفيهما أنه شاهد واحد .

(١٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٣) في ب ، م : ١ : ويرفعون .

(١٤) في م : ١ : عن .

(١٥) لم يرد في الأصل .

أو قصير أو رتبة، ونحو هذا، لِيَتَمَيَّزَ، ولا يَقَعُ اسْمٌ على اسم، ويَكْتُبُ اسْمَ المَشْهُودِ له
 والمَشْهُودِ عليه، وَقَدَّرَ الحق، ويَكْتُبُ ذلك كله لأَصْحَابِ مَسَائِلِهِ، لكل واحد رُقْعَةً .
 وإِنَّمَا ذَكَرْنَا المَشْهُودَ له، لئَلَّا يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّاهِدِ قَرَابَةٌ تُشْنَعُ الشَّهَادَةُ، أو شَرِكَةٌ،
 وَذَكَرْنَا اسْمَ^(١٦) المَشْهُودِ عليه؛ لِيُعْرَفَ لئَلَّا تَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّاهِدِ عَدَاوَةٌ، وَذَكَرْنَا قَدْرَ
 الحق؛ لِأَنَّهُ رِمَا كَانَ مَعْنَى يَرَوْنَ قَبُولَهُ فِي الِيسِيرِ دُونَ الكَثِيرِ، فَتَطْلُبُ نَفْسُ الْمُزَكِّي بِهِ إِذَا
 كَانَ يَسِيرًا، وَلَا تَطْلُبُ إِذَا كَانَ كَثِيرًا. وَيُنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُخْفِيَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ
 أَصْحَابِ مَسَائِلِهِ مَا يُعْطَى الْآخَرُ مِنَ الرُّقَاعِ؛ لئَلَّا يَتَوَاطَّأُوا. وَإِنْ شَاءَ الْحَاكِمُ عَيَّنَ
 لِصَاحِبِ مَسَائِلِهِ مَنْ يَسْأَلُهُ مَعْنَى يَعْرِفُهُ، مِنْ جَوَارِ الشَّاهِدِ، وَأَهْلِ الْخِيَرَةِ بِهِ، وَإِنْ شَاءَ
 أَطْلَقَ، وَلَمْ يُعَيِّنِ الْمَسْئُولَ، وَيَكُونُ السُّؤَالُ سِرًّا؛ لئَلَّا يَكُونَ فِيهِ هَتَكٌ الْمَسْئُولِ عَنْهُ، وَرِمَا
 يَخَافُ الْمَسْئُولُ^(١٧) الشَّاهِدَ، أو^(١٨) المَشْهُودَ له، أو المَشْهُودَ عليه، أَنْ يُخْبِرَ بِمَا عِنْدَهُ، أو
 يَسْتَحْجِي. وَيُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ غَيْرَ مَعْرُوفِينَ^(١٩)؛ / لئَلَّا يُقْصِدُوا بِهَدْيَةٍ أو
 رِشْوَةٍ، وَأَنْ يَكُونُوا أَصْحَابَ عَقَافٍ فِي الطُّعْمَةِ وَالْأَنْفُسِ، ذَوِي عُقُولٍ وَافِرَةٍ، أَتْرَاءَ مِنْ
 الشُّحْنَاءِ وَالْبَغْضَى^(٢٠)؛ لئَلَّا يَطْعَنُوا فِي الشُّهُودِ، أو يَسْأَلُوا عَنِ الشَّاهِدِ عَدُوَّهُ فَيُطْعَمَ
 فِيهِ، فَيُضَيِّعَ حَقَّ المَشْهُودِ له، وَلَا يَكُونُونَ^(٢١) مِنْ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَالْعَصْبِيَّةِ، يَمِيلُونَ إِلَى مَنْ
 وَافَقَهُمْ عَلَى مَنْ خَالَفَهُمْ، وَيَكُونُونَ أَمْنَاءَ ثِقَاتٍ؛ لِأَنَّ هَذَا مَوْضِعُ أَمَانَةٍ. فَإِذَا رَجَعَ
 أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ، فَأَخْبَرَ اثْنَانِ بِالْعَدَالَةِ، قَبْلَ شَهَادَتِهِ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْجَرَحِ، رَدُّ
 شَهَادَتِهِ، وَإِنْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا بِالْعَدَالَةِ، وَالْآخَرُ بِالْجَرَحِ، بَعَثَ آخَرَيْنِ، فَإِنْ عَادَا فَأَخْبِرَا
 بِالْتَعْدِيلِ، ثُمَّ تَبَيَّنَتِ التَّعْدِيلُ، وَسَقَطَ الْجَرَحُ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ لَمْ تَتِمَّ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْجَرَحِ،
 ثَبَتَ رَدُّ الشَّهَادَةِ، وَإِنْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا بِالْجَرَحِ وَالْآخَرُ بِالْتَعْدِيلِ، تَمَّتِ الْبَيِّنَتَانِ، وَيُقَدَّمُ
 الْجَرَحُ، وَلَا يَقْبَلُ الْجَرَحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ، وَيَقْبَلُ قَوْلَ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ. وَقِيلَ:

(١٦) سقط من: ب .

(١٧) في ب، م نهاية: ٥ من ٤ .

(١٨) في أ، ب، م نهاية: ٥ له ٤ .

(١٩-١٩) في ب: ٥ الشحنة والبطنة .

(٢٠) في الأصل: ٥ يكونوا .

لا يَقْبَلُ إِلَّا شَهَادَةَ الْمَسْئُولِينَ ، وَيَكْلَفُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا بِالْتَّزْكِيَةِ وَالْجَرَحِ عِنْدَهُ ، عَلَى شَرْطِ (٢١) الشَّهَادَةِ فِي اللَّفْظِ وَغَيْرِهِ ، وَلَا تُقْبَلُ مِنْ صَاحِبِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ ، مَعَ حُضُورِ شُهُودِ الْأَصْلِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ ، أَنَّ شَهَادَةَ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ شَهَادَةٌ اسْتِيفَاضِيَّةٌ ، لَا شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ ، فَيَكْتَفِي بِمَنْ يَشْهَدُ بِهَا ، كَسَائِرِ شَهَادَاتِ اسْتِيفَاضِيَّةٍ ؛ وَلِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ (٢٢) ، فَإِنَّهُ لَا (٢٣) يَلْزَمُ الْمُرَكَّبُ الْحَاضِرُ لِلْتَّزْكِيَةِ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ، فَصَارَ كَالْمَرْضَى وَالْعَبْدَةِ فِي سَائِرِ الشَّهَادَاتِ ، وَلِأَنَّا لَوْ لَمْ نَكْتَفِ بِشَهَادَةِ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ ، لَتَعَذَّرَتِ التَّزْكِيَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَّفِقُ أَنْ لَا يَكُونَ فِي جَوْرٍ الشَّاهِدُ مَنْ يَعْرِفُهُ الْحَاكِمُ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ ، فَيَقُوتُ التَّعْدِيلُ وَالْجَرَحُ .

فصل : قال القاضي : ولا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ إِسْلَامِ الشَّاهِدِ ، وَيَحْصُلُ ذَلِكَ بِأَحَدٍ أَرْبَعَةٍ ٢٠/١١ أُمُورٍ ؛ أَحَدُهَا ، إِجْبَارُهُ / عَنْ نَفْسِهِ أَنَّهُ مُسْلِمٌ ، أَوْ إِثْبَاتُهُ بِكَلِمَةِ الْإِسْلَامِ ، وَهِيَ شَهَادَةُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَأَنْ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُسْلِمًا صَارَ مُسْلِمًا بِذَلِكَ . الثَّانِي ، اعْتِرَافُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ عَلَيْهِ . الثَّالِثُ ، خَيْرَةُ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّا أَكْثَرُنَا بِذَلِكَ فِي عَدَالَتِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي إِسْلَامِهِ . الرَّابِعُ ، بَيِّنَةُ تَقْوَمُ بِهِ . وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْحُرِّيَّةِ فِي مَوْضِعٍ تُعْتَبَرُ فِيهِ ، وَيَكْفِي فِي ذَلِكَ أَحَدُ أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ ؛ بَيِّنَةٌ ، أَوْ اعْتِرَافُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، أَوْ خَيْرَةُ الْحَاكِمِ . وَلَا يَكْفِي اعْتِرَافُ الشَّاهِدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يَصِيرَ حُرًّا ، فَلَا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ بِهِ ، بِخِلَافِ الْإِسْلَامِ .

فصل : وإذا شهد عند الحاكم مجهول الحال ، فقال المشهود عليه : هو عدل . ففيه وجهان ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُ الْحَاكِمَ الْحُكْمَ بِشَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَحْثَ عَنْ عَدَالَتِهِ لِحَقِّ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَقَدْ اعْتَرَفَ بِهَا ، وَلِأَنَّهُ إِذَا أَقْرَبَ بَعْدَالَتِهِ ، فَقَدْ أَقْرَبَ بِمَا يُوجِبُ الْحُكْمَ لِحُصْنِهِ عَلَيْهِ ، فَيُؤَخَذُ بِإِقْرَارِهِ ، كَسَائِرِ أَقَارِيرِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ فِي الْحُكْمِ بِهَا تَعْدِيلًا لَهُ ، فَلَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ الْعَدَالَةِ فِي الشَّاهِدِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، وَلِهَذَا لَوْ رَضِيَ الْخَصْمُ أَنْ (٢٤) يُحْكَمَ عَلَيْهِ بِقَوْلِ فَاسِقٍ ، لَمْ يَحْزَ الْحُكْمُ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ

(٢١) في ب : ١ شرط هـ .

(٢٢-٢٣) في م : ١ فلا هـ .

(٢٣) في ب ، م : ١ بأن هـ .

يُحْكَمُ عَلَيْهِ مَعَ تَعْدِيلِهِ ، أَوْ مَعَ انْتِفَائِهِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ مَعَ تَعْدِيلِهِ ؛ ^(٢٤) لِأَنَّ التَّعْدِيلَ لَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ الْوَاحِدِ ، وَلَا يَجُوزُ مَعَ انْتِفَاءِ تَعْدِيلِهِ ^(٢٥) ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِشَهَادَةِ غَيْرِ الْعَدْلِ غَيْرُ جَائِزٍ ، بِدَلِيلِ شَهَادَةِ مَنْ ظَهَرَ فَسْقُهُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ هَذَا ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، فَلَا يَثْبُتُ تَعْدِيلُهُ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ بَيِّنَةُ التَّعْدِيلِ ، وَإِنَّمَا حُكِمَ عَلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ بِوُجُودِ شَرْطِ ^(٢٦) الْحُكْمِ ، وَإِقْرَارُهُ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ اقْرَبَ بَحْثُ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، ثَبَّتَ فِي حَقِّهِ دُونَ غَيْرِهِ .

١٨٧٠ - مسألة ، قال : (وَإِنْ عَدَّلَهُ اثْنَانِ ، وَجَرَحَهُ اثْنَانِ ، فَالْجَرَحَةُ ^(١) أَوْلَى)

وهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ . وقال مالك : يُنْظَرُ أَتَاهُمَا أَعْدَلُ ؟ أَلَلَّذَانِ جَرَحَاهُ ، أَوِ اللَّذَانِ عَدَّلَاهُ ؟ فَيُؤَخَذُ بِقَوْلِ أَعْدِلَهُمَا . وَلَنَا ، / أَنَّ الْجَارِحَ مَعَ زِيَادَةِ عِلْمٍ خَفِيَثَ عَلَى الْمُعَدِّلِ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ يَتَضَمَّنُ تَرْكَ الرَّبِّ وَالْمَحَارِمِ ، وَالْجَارِحُ مُثَبِّتٌ لَوْجُودِ ذَلِكَ ، وَالْإِثْبَاتُ مُقَدِّمٌ عَلَى النِّقْيِ ، وَلِأَنَّ الْجَارِحَ يَقُولُ : رَأَيْتُهُ يَفْعَلُ كَذَا . وَالْمُعَدِّلُ مُسْتَنَدُهُ أَنَّهُ لَمْ يَرَهُ يَفْعَلُ ، وَيُمْكِنُ صِدْقُهُمَا ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ قَوْلَيْهِمَا بِأَنْ يَرَاهُ الْجَارِحُ يَفْعَلُ الْمَعْصِيَةَ ، وَلَا يَرَاهُ الْمُعَدِّلُ ، فَيَكُونُ مَجْرُوحًا .

فصل : وَلَا يَقْبَلُ الْجَرَحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ . وهذا قال مالك ، والشَّافِعِيُّ ، ومحمد ابن الحسن ، وابن المنذر . ورَوَى عَنْ أَحْمَدَ : يَقْبَلُ ذَلِكَ مِنْ وَاحِدٍ . وهو اختيار أبي بكر ، وقول أبي حنيفة ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَقَبِلَ مِنْ وَاحِدٍ ، كَالرَّوَايَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لِإِثْبَاتِ صِفَةٍ مِنْ يَثْبُتُ الْحَاكِمُ حُكْمَهُ عَلَى صِفَتِهِ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالْحَضَائَةِ ، وَفَارَقَ الرَّوَايَةَ ؛ فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسَاهَلَةِ ، وَلَا تَسْلَمُ أَنَّهَا لَا تَفْتَقِرُ إِلَى لَفْظِ الشَّهَادَةِ ، وَيُعْتَبَرُ فِي التَّعْدِيلِ وَالْجَرَحِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَيَقُولُ فِي التَّعْدِيلِ : أَشْهَدُ أَنَّهُ عَدَلٌ . وَيَكْفِي هَذَا . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : عَلَى وَلِي . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَهُوَ يَقُولُ شَرِيْعٌ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَمَالِكٌ ، وَبَعْضُ

(٢٤-٢٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٥) ق م : ١ شروط .

(١) ق م : ١ فالجراحة .

الشَّافِعِيَّةُ . وقال أكثرهم : لا يَكْفِيهِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَذَلَ عَلَى وَلِيٍّ . واختلَفُوا فِي تَعْلِيلِهِ ، فقال بعضهم : لئَلَّا تَكُونَ بَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ أَوْ قَرَابَةٌ . وقال بعضهم : لئَلَّا يَكُونَ عَذْلًا فِي شَيْءٍ دُونَ شَيْءٍ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١) فَإِذَا شَهِدَا أَنَّهُ عَذَلَ ، ثَبَّتَ ذَلِكَ بِشَهَادَتِهِمَا ، فَيَدْخُلُ ذَلِكَ فِي غُيُومِ الْأَمْرِ ، وَلَئِنَّهُ ^(٢) إِذَا كَانَ عَذْلًا ، لَزِمَ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَفِي حَقِّ سَائِرِ النَّاسِ ، وَفِي كُلِّ شَيْءٍ ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ . وَلَا يَصِحُّ مَا ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَكُونُ عَذْلًا فِي شَيْءٍ دُونَ شَيْءٍ ، وَلَا فِي حَقِّ شَخْصٍ ^(٣) دُونَ شَخْصٍ ^(٤) ، فَإِنَّهَا لَا تُوصَفُ بِهَذَا ، وَلَا تَنْتَفِي بِأَيْضًا بِقَوْلِهِ : ^(٥) عَلَى وَلِيٍّ . فَإِنْ مَنْ / ثَبَّتَ ^(٦) عَدْلَهُ ، لَمْ تَزَلْ بِقَرَابَةٍ وَلَا عَدَاوَةٍ ، وَإِنَّمَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِلتَّهْمَةِ مَعَ كُفْرِهِ عَذْلًا ، ثُمَّ إِنْ هَذَا إِذَا كَانَ مَعْلُومًا انْتِفَاؤُهُ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِهِ وَلَا نَفْيِهِ عَنْ نَفْسِهِ ، كَالْوَشْهِدِ بِالْحَقِّ مَنْ عَرَفَ الْحَاكِمَ عَدْلَتَهُ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى أَنْ يَنْفِي عَنْ نَفْسِهِ ذَلِكَ ، وَلَئِنْ الْعَدَاوَةَ لَا تَمْنَعُ مِنْ شَهَادَتِهِ لَهُ بِالتَّرَكِيَّةِ ، وَإِنَّمَا تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ ، وَهَذَا شَاهِدٌ لَهُ بِالتَّرَكِيَّةِ وَالْعَدَالَةِ ، فَلَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى نَفْيِ الْعَدَاوَةِ .

فصل : وَلَا يَكْفِي أَنْ يَقُولَ : لَا أَعْلَمُ مِنْهُ إِلَّا الْخَيْرَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَكْفِي ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْخَيْرَةِ بِهِ ^(٧) ، وَلَا يَعْلَمُ إِلَّا الْخَيْرَ ، فَهُوَ عَذَلَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يُصَرِّحْ بِالتَّعْدِيلِ ، فَلَمْ يَكُنْ تَعْدِيلًا ، كَالْوَقَالِ : أَعْلَمُ مِنْهُ خَيْرًا . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْجَاهِلَ بِمَحَالِ أَهْلِ الْفُسْقِ ، لَا يَعْلَمُ مِنْهُمْ إِلَّا الْخَيْرَ ، لِأَنَّهُ يَعْلَمُ إِسْلَامَهُمْ ، وَهُوَ خَيْرٌ ، وَلَا يَعْلَمُ مِنْهُمْ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَهُمْ ^(٨) غَيْرُ عُدُولٍ ^(٩) .

فصل : قَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يُقْبَلُ التَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ أَهْلِ الْخَيْرَةِ الْبَاطِنَةِ ، وَالْمَعْرِفَةِ

(٢) سورة الطلاق ٢

(٣) سقطت الواو من : ١ م .

(٤-٤) سقطت من : الأصل .

(٥) في م زيادة : عدل .

(٦) في الأصل : تثبت .

(٧) سقطت من : الأصل .

المُتَقَادِمَةِ . وهذا مذهبُ الشافعي ؛ لحَبَرِ عَمَرَ الذي قَدَّمناه ^(٨) ، ولأنَّ عادةَ الناسِ إظهارُ الطَّاعَاتِ ^(٩) وإسْرَارُ المَعَاصِي ، فإذا لم يَكُنْ ذا خَبَرَةٍ باطِنَةٍ ، فربَّما اغْتَرَّ ^(١٠) بِحُسْنِ ظَاهِرِهِ ، وهو فاسِقٌ في الباطنِ . وهذا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدُوا بِهِ أَنَّ الحَاكِمَ إِذَا عَلِمَ أَنَّ المُعَدَّلَ لَا يَخْبِرُهُ ، لم يَقْبَلْ شهادتهُ بالتَّعْدِيلِ ، كما فعلَ عَمَرُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمُعَدَّلِ الشَّهَادَةُ بِالْعَدَالَةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لَهُ خَبَرَةٌ باطِنَةٌ . فَأَمَّا الحَاكِمُ إِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ الْعَدْلُ بِالتَّعْدِيلِ ، ولم يَعْرِفْ حَقِيقَةَ الْحَالِ ، فله أَنْ يَقْبَلَ الشَّهَادَةَ مِنْ غَيْرِ كَشْفٍ ، وَإِنْ اسْتَكْشَفَ الْحَالُ ، كما فعلَ عَمَرُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فلا بَأْسَ .

فصل : وَلَا يُسْمَعُ الْجَرْحُ إِلَّا مُفسَّرًا ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ اللَّفْظُ . فيقول : أَشْهَدُ أَتَيْتُ رَأْيَهُ يَشْرَبُ الخمرَ / ، أَوْ يُعَامِلُ بِالرِّبَا ، أَوْ يَظْلِمُ النَّاسَ بِأَخْذِ أَمْوَالِهِمْ أَوْ ضَرْبِهِمْ ، أَوْ سَمِعْتُهُ يَقْذِفُ : أَوْ يُعْلَمُ ذَلِكَ بِاسْتِيفَاضَتِهِ ^(١١) فِي النَّاسِ . وَلَا يَدْخُلُ مِنْ ذِكْرِ السَّبَبِ وَتَغْيِينِهِ . وبهذا قال الشافعي ، وسوَّار . وقال أبو حنيفة : يَقْبَلُ الْجَرْحُ الْمُطْلَقُ ، وهو أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ فاسِقٌ ، أَوْ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ . وعن أحمد مثله ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ يُسْمَعُ مُطْلَقًا ؛ فَكَذَلِكَ الْجَرْحُ ، وَلِأَنَّ التَّصْرِيحَ بِالسَّبَبِ يَجْعَلُ الْجَارِحَ فاسِقًا ، وَيُوجِبُ عَلَيْهِ الْحَدَّ فِي بَعْضِ الْحَالَاتِ ، وهو أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالزُّنَى ، فَيُفْضَى الْجَرْحُ إِلَى جَرْحِ الْجَارِحِ ، وَتَبْطُلُ شهادتهُ ، وَلَا يَتَجَرَّحُ بِهَا الْمَجْرُوحُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي أَسْبَابِ الْجَرْحِ ، كَاخْتِلَافِهِمْ فِي شَارِبِ النَّبِيذِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَقْبَلَ مُجَرَّدُ الْجَرْحِ ، لَوْلَا يَجْرَحُهُ بِمَا لَا يَرَاهُ الْقَاضِي جَرْحًا ؛ وَلِأَنَّ الْجَرْحَ يَنْقُلُ عَنِ الْأَصْلِ ، فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِينَ الْعَدَالَةُ ، وَالْجَرْحُ يَنْقُلُ عَنْهَا ، فَلَا بُدَّ أَنْ يُعْرِفَ النَّاقِلُ ، لَوْلَا يُعْتَقَدُ نَقْلُهُ بِمَا لَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ نَاقِلًا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى جَرْحِ الْجَارِحِ ، وَإِجَابَةُ الْحَدِّ عَلَيْهِ . قُلْنَا : لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّعْرِيضُ مِنْ غَيْرِ تَصْرِيحٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَفِي بَيَانِ السَّبَبِ هَتَكَ الْمَجْرُوحِ . قُلْنَا : لَا بُدَّ مِنْ هَتَكِهِ ، فَإِنَّ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بِالْفِسْقِ

(٨) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤ .

(٩) في م : الصالحات .

(١٠) في ب : اعتبر .

(١١) في الأصل : باستفاضة .

هَذَا لَهُ . وَلَكِنْ جَازَ ذَلِكَ لِلْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ ، كَمَا جَازَتِ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِهِ ^(١٢) لِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، بَلْ هُنَا أَوَّلَى ؛ فَإِنَّ فِيهِ دَفْعَ الظُّلْمِ عَنِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ حَقٌّ آدَمِيٌّ ، فَكَانَ أَوَّلَى بِالْجَوَازِ ، وَلَئِنْ هُنَاكَ غَرَضُهُ بِسَبَبِهِ ، لِأَنَّهُ تَعَرَّضَ لِلشَّهَادَةِ مَعَ ارْتِكَابِهِ مَا يُوجِبُ جَرْحَهُ ، فَكَانَ هُوَ الْهَاتِكُ لِنَفْسِهِ ، إِذَا كَانَ فِعْلُهُ هُوَ الْمَخْرُجُ لِلنَّاسِ إِلَى جَرْحِهِ . فَإِنْ صَرَّحَ الْجَارِحُ بِقُدْرَةِ الرَّزْيِ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِتَمَامِ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ . وَهَذَا قَالِ أَبُو حَنِيفَةَ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا حَدُّ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إِذْ خَالَ / الْمَجْرَةَ عَلَيْهِ ^(١٣) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ ^(١٤) . الْآيَةُ . وَلَئِنْ أَبَا بَكْرَةَ وَرَفِيقِيهِ شَهِدَا وَعَلَى الْمَغِيرَةِ بِالرَّزْيِ ، وَلَمْ يُكْمِلْ زِيَادَ شَهَادَتِهِ ، فَجَلَدَهُمْ عَمْرُ حَدِّ الْقَذْفِ بِمَخْضَرِ الصُّحَابَةِ ، فَلَمْ يَتَكَبَّرْ مُتَكَبِّرًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ^(١٥) . وَيُطْلَقُ مَا ذَكَرُوهُ بِمَا إِذَا شَهِدَا عَلَيْهِ بِإِقَامَةِ ^(١٦) الْحَدِّ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةً ، أَنَّ هَذَيْنِ الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا بِهَذَا الْحَقِّ عِنْدَ حَاكِمٍ ، فَرَدَّ شَهَادَتَهُمَا الْفَسِقَتَهُمَا ، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِذَا رُدَّتْ لِفَسَقَتِهِ ، لَمْ تُقْبَلْ مَرَّةً ثَانِيَةً .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ مِنَ النِّسَاءِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُقْبَلُ ^(١٧) . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلَهُ ^(١٨) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَأَشْبَهَ الرِّوَايَةَ ، وَأَخْبَارَ الدِّيَاثِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ قِيَمًا لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، وَيُطْلَقُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ فِي غَالِبِ الْأَحْوَالِ ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ فِي الْقِيَاسِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ مُسْلِمٍ .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ مِنَ الْحَصَمِ . بِإِخْلَافِ بَيْنِ الْعُلَمَاءِ . فَلَوْ قَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : هَذَانِ فَاسِقَانِ ، أَوْ عَدَوَانِ لِي ، أَوْ أَبَاءُ لِلْمَشْهُودِ لَهُ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ فِي قَوْلِهِ ،

(١٢) سقط من ز ب .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) سورة النور ٤ .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١٨٤/١١ .

(١٦) في ب ، م ، د : لإقامة .

(١٧-١٨) سقط من : ب ، م .

وَيَشْهَدُ بِمَا يَجْرُ إِلَى تَعْمَا ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ لِنَفْسِهِ ، وَلَوْ قَبْلَنَا قَوْلَهُ ، لَمْ يَشَأْ أَحَدًا أَنْ يَبْطُلَ شَهَادَةُ مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ إِلَّا أَبْطَلَهَا ، فَتَضَيُّعُ الْحَقُوقِ ، وَتَذَهَبُ حَكْمَةُ شَرْعِ الْبَيِّنَةِ .

فصل : وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُتَوَسِّمِينَ ، وَذَلِكَ إِذَا حَضَرَ مُسَافِرَانِ ، فَشَهِدَا عِنْدَ حَاكِمٍ لَا يَعْرِفُهُمَا ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا . وَقَالَ مَالِكٌ : يَقْبَلُهُمَا إِذَا رَأَى فِيهِمَا سِيمَا الْخَيْرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَةِ عَدَايَتِهِمَا ، فَفِي التَّوْقُفِ ^(١٨) عَنْ قُبُولِهِمَا تَضْيِيعُ الْحَقُوقِ ، فَوَجِبَ الرَّجُوعُ فِيهِمَا إِلَى السَّيَّمَاءِ الْجَمِيلَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَدَايَتَهُمَا مَجْهُولَةٌ ، فَلَمْ يَجْزِ / الْحَكْمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، كَشَاهِدَيْ الْحَضَرِ . وَمَا ذَكَرَهُ ^(١٩) مُعَارِضٌ بِأَنْ قُبُولَ شَهَادَتِهِمَا يُفْضَى إِلَى أَنْ يُقْضَى بِشَهَادَتِهِمَا بِدَفْعِ الْحَقِّ إِلَى غَيْرِ مُسْتَحِقِّهِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَ عَنْ شُهوْدِهِ كُلِّ قَلِيلٍ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ يَنْتَقِلُ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ . وَهَلْ هَذَا مُسْتَحَبٌّ أَوْ وَاجِبٌ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا ، مُسْتَحَبٌّ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ ، فَلَا يَزُولُ حَتَّى يَثْبُتَ الْجَرْحُ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ الْبَحْثُ كُلَّمَا مَضَتْ مُدَّةٌ يَتَغَيَّرُ الْحَالُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ يَخْدُثُ ، وَذَلِكَ عَلَى مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ وَجْهَانِ ، مِثْلَ هَذَيْنِ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُرْتَّبَ شُهوْدًا لَا يَقْبَلُ غَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ . وَلِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالنَّاسِ ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْوَقَائِعِ الَّتِي يُخْتَارُ إِلَى الْبَيِّنَةِ فِيهَا تَقَعُ عِنْدَ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ، فَمَتَى ادَّعَى إِنْسَانٌ شَهَادَةَ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ، وَجَبَ عَلَى الْحَاكِمِ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ ، وَالتَّنَظُّرُ فِي عَدَالَةِ شَاهِدِيهِ ، وَلَا يَجُوزُ رَدُّهُمْ بِكَوْنِهِمْ مِنْ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُخَالِفُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ وَالْإِجْمَاعَ ، لَكِنْ لَهُ أَنْ يُرْتَّبَ شُهوْدًا يُشْهَدُهُمُ النَّاسُ ، فَيَسْتَعِينُونَ بِأَشْهَادِهِمْ عَنْ تَعْدِيلِهِمْ ، وَيَسْتَعِينِي الْحَاكِمُ عَنِ الْكَشْفِ عَنْ أَحْوَالِهِمْ ، فَيَكُونُ فِيهِ تَخْفِيفٌ مِنْ وَجْهِ ، وَيَكُونُونَ أَيْضًا يُزَكُّونَ مَنْ عَرَفُوا عَدَالَتَهُ مِنْ غَيْرِهِمْ إِذَا شَهِدَ .

فصل : وَلَا بَأْسَ أَنْ يَعْطَى الشَّاهِدَيْنِ ، كَمَا رَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لِلشَّاهِدَيْنِ إِذَا

(١٨) ق ب : التوقيف .

(١٩) في الأصل ، م : ذكره .

حضراً : يا هذان ، ألا ترَيان ؟ إني لم أَدْعُكما ، ولست أَمْنَعُكما أن تُرجعا ، وإِنما يُقضى على هذا اتَّكما ، وأَنَا مُتَّقٍ^(٢٠) بكما ، فَأَتَقِيَا . وفي لفظ : وإِنِّي بكما أَقْضِي اليومَ ، وبكما أَقْضِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ^(٢١) . وَرَوَى أَبُو حَنِيفَةَ ، قال : كُنْتُ عِنْدَ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ^(٢٢) ، وَهُوَ قَاضِي / الْكُوفَةِ ، فَجَاءَ رَجُلٌ ، فَأَدْعَى^(٢٣) عَلَى رَجُلٍ حَقًّا ، فَأَتَكَرَّهُ ، فَأَحْضَرَ الْمُدْعَى شَاهِدَيْنِ ، فَشَهِدَا لَهُ ، فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : وَالَّذِي بِهِ تَقُومُ السَّمَاءُ وَالْأَرْضُ لَقَدْ كَذَبَا عَلَيَّ فِي الشَّهَادَةِ . وَكَانَ مُحَارِبُ بْنُ دِثَارٍ مُتَكَبِّراً فَاسْتَوَى جَالِسًا ، وَقَالَ : سَمِعْتُ ابْنَ عَمْرِو يَقُولُ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنْ الطَّيْرَ لَتَحْفُسُقُ بِأَجْنَحَيْهَا ، وَتَرْمِي مَا فِي حَوَاصِلِهَا^(٢٤) » ، مِنْ هَوْلِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ، وَإِنْ شَاهِدَ الزُّورِ لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى يَتَيَبَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ^(٢٥) »^(٢٦) . فَإِنْ صَدَقْتُمَا فَأَتَيْتَا ، وَإِنْ كَذَبْتُمَا فَعَطَيْتَا رُءُوسَكُمَا وَانْصَرَفَا . فَعَطَيْتَا رُءُوسَهُمَا وَانْصَرَفَا^(٢٧) .

١٨٧١ - مسألة ، قال : (وَيَكُونُ كَاتِبُهُ عَدْلًا ، وَكَذَلِكَ قَاسِمُهُ)

وجعلته أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَتَّخِذَ كَاتِبًا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَكْتَبَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ ، وَغَيْرَهُ ، وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ تَكْثُرُ أَشْغَالُهُ وَنَظَرُهُ ، فَلَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَتَوَلَّى الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، وَإِنْ أَمَكَّنَهُ تَوَلَّى الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، جَازَ ، وَالِاسْتِنَابَةُ فِيهِ أَوْلَى . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَتِيبَ فِي ذَلِكَ إِلَّا عَدْلًا ؛

(٢٠) ق م : ١ : معتق ٤ .

(٢١) انظر أعيان القضاة ٢/٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٩١ ، ٢٩٦ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٣٦٣ ، ٣٩٢ .

(٢٢) محارب بن دثار بن كردوس السدوسي ، كان ثقة حجة ، توفى سنة ست عشرة ومائة . سر أعلام النبلاء ٢١٧/٥ - ٢١٩ .

(٢٣) ق م : ١ : وأدعى ٤ .

(٢٤) ق م : ١ : حوصلتها ٤ .

(٢٥) ق م : ١ : ق م : ٤ .

(٢٦) أخرج حديث : « إِنْ الطَّيْرَ لَتَحْفُسُقُ ... » . البيهقي ، ق : باب وعظ القاضى الشهود ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٢٢ . وأخرج حديث : « إِنْ شَاهِدَ الزُّورِ ... » . ابن ماجه ، ق : باب شهادة الزور ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٤ . والحاكم ، ق : باب ظهور شهادة الزور من أشرار الساعة . من كتاب الأحكام . المستدرک ٤/٩٨ . والبيهقي ، ق : الموضوع السابق . والعقيل ، ق : الضعفاء الكبير ٤/١٢٣ .

(٢٧) ذكر الذهبي القصة ، عن عبد الملك بن عمير ، وليس عن أبي حنيفة . سر أعلام النبلاء ٥/٢١٨ .

لأن الكتابة موضع أمانة . ويستحب أن يكون فقيها ؛ ليعرف مواقع الألفاظ التي تتعلق بها الأحكام ، ويُفرّق بين الجائز والواجب ، ويتبين أن يكون وافر العقل ، ورعا ، نزيها ؛ لئلا يُستمال بالطمع ، ويكون مسلما ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلَوْنَكُمْ حَبَالًا ﴾ ^(١) . ويروى أن أبا موسى قديم على عمر ، رضى الله عنه ، ومعه كاتب نصراني ، فأخضر أبو موسى شيئا من مَكُتوباته عند عمر ، فاستحسنه ، وقال : قل لكاتبك يَجِيءُ ، فيقرأ كتابه . قال : إنه لا يَدْخُلُ المسجد . قال : ولم ؟ قال : إنه نصراني . فأنتهره عمر ، وقال : لا تَأْتِيَهُمْ وقد حَوَّلَهُمُ اللهُ تعالى ، ولا تُقْرِئُوهُمْ وقد أبعدهم الله تعالى ، ولا تُعِزُّوهُمْ وقد أذلَّهُمُ اللهُ تعالى ^(٢) . ولأن الإسلام من شروط ^(٣) العدالة / ، والعدالة شرط . وقال أصحاب الشافعي : في اشتراط عدالته وإسلامه وجّهان ؛ أحدهما ، تُشْتَرَطُ ؛ لما ذكرنا . والثاني ، لا تُشْتَرَطُ ؛ لأن ما يَكْتَبُهُ لا يَدْخُلُ من وقوف القاضي عليه ، فتؤمن الخيانة فيه . ويستحب أن يكون جيّد الخط ؛ لأنه أكمل . وأن يكون حُرّا ؛ ليُخْرِجَ ^(٤) من الخلاف . وإن كان عبدا ، جاز ؛ لأن شهادة العبد جائزة . ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ، ولا يَدْخُلُ من كونه حاسبا ؛ لأنه عمّله ، وبه يقيس ، فهو كالخط للكاتب والفقهِ للحاكم . ويستحب للحاكم أن يُجْلِسَ كاتبه بين يديه ؛ لِشَاهِدَةِ مَا يَكْتَبُهُ ، ويُشَافِهَهُ بما يُعْمَلُ عليه ، وإن جلس ^(٥) ناحية ، جاز ؛ لأن المقصود يحصل ، فإن ما يَكْتَبُهُ يُعْرَضُ على الحاكم ، فيستبرئه .

فصل : وإذا ترفع ^(٦) إلى الحاكم خصمان ، فأقر أحدهما لصاحبه ، فقال المُقرُّ له للحاكم : أشهد لي على إقراره شاهدين . لزمه ذلك ؛ لأن الحاكم لا يحكم بعلمه ، فرما جحد المُقرُّ ، فلا يُمَكِّنُهُ الحكم عليه بعلمه ^(٧) ، ولو كان يحكم بعلمه اُخْتِمَلُ أن ينسى ،

(١) سورة آل عمران ١١٨ .

(٢) تقدم تحريره ، في : ٢٤٦/١٣ .

(٣) في الأصل : شرط .

(٤) في الأصل : م ، ي : يخرج .

(٥) في ب ، م ، ي : قعد .

(٦) في ب : رفع .

(٧) سقط من : ب .

فإنَّ الإنسانَ عَرَضَةُ النِّسيانِ ، فلا يُمكنُهُ الحُكْمُ بإِقْرارِهِ . وإن ثَبَتَ عِنْدَهُ حَقٌّ بِتُكْوِيلِ
المُدَّعَى عَلَيْهِ ، أو بِبَيِّنِ المدَّعى بَعْدَ التُّكْوِيلِ ، فمَسَّالُهُ المدَّعى أَن يُشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ ،
لِزِمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُجَّةَ لِلْمُدَّعَى سِوَى الإِشْهَادِ ، وإن ثَبَتَ عِنْدَهُ بَيِّنَةٌ فَمَسَّالُهُ الإِشْهَادُ ، ففِيهِ
وَجْهَانُ ؛ أَحَدُهُما ، لَا يَلْزَمُهُ ، لِأَنَّ بِالْحَقِّ بَيِّنَةٌ ، فلا يَجِبُ جَعْلُ بَيِّنَةٍ أُخْرَى . والثَّانِي ،
يَجِبُ ؛ لِأَنَّ فِي الإِشْهَادِ^(٨) فَائِدَةً جَدِيدَةً ، وَهِيَ إِثْبَاتُ تَعْدِيلِ بَيِّنَتِهِ ، وَالزَّامُ تَحْصِيهِ . وَإِنْ
حَلَفَ الْمُتَنَكِّرُ ، وَسَأَلَ الْحَاكِمُ الإِشْهَادَ عَلَى بَرَأَتِهِ ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ لَهُ فِي سُقُوطِ
المُطَالَبَةِ مَرَّةً أُخْرَى ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، إِذَا سَأَلَهُ / أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، ففِيهِ
وَجْهَانُ ؛ أَحَدُهُما ، يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ لَهُ ، فَهُوَ كَالِإِشْهَادِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدِينَ رُبَّمَا
نَسِيَوا الشَّهَادَةَ ، أَوْ نَسِيَوا الْحَصَصَيْنِ ، فلا يَذْكُرُهُمَا إِلَّا رُفُوعًا^(٩) عَطِطِيَهُمَا . والثَّانِي ، لَا
يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الإِشْهَادَ يَكْفِيهِ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشُّهُودَ تَكَثَّرَ عَلَيْهِمُ^(١٠) الشَّهَادَاتُ ،
وَيَطُولُ عَلَيْهِمُ الْأَمَدُ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُمَا لَا يَتَحَقَّقَانِ الشَّهَادَةَ تَحَقُّقًا يَخْصُلُ بِهِ أَدَاؤُهَا ، فلا
يَتَّقِيْدُ إِلَّا بِالْكِتَابِ . فَإِنْ اخْتَارَ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا ، فَصَفَتُهُ : حَضَرَ الْقَاضِي فُلَانُ بْنُ
فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، قَاضِي عِبْدِ اللَّهِ الْإِمَامِ فُلَانٍ ، عَلَى كَذَا وَكَذَا . وَإِنْ كَانَ خَلِيفَةُ الْقَاضِي قَالَ :
خَلِيفَةُ الْقَاضِي فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ^(١١) ، قَاضِي الْإِمَامِ بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . فَإِنْ
كَانَ يَعْرِفُ الْمُدَّعَى وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِأَسْمَائِهِمَا وَأَنْسَابِهِمَا ، قَالَ : فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ،
وَأَخْضَرَ مَعَهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ . وَيَرْفَعُ فِي نَسَبِهِمَا حَتَّى يَتَمَيَّزَا^(١٢) . وَيُسْتَحَبُّ ذِكْرُ
جَلِيتِهِمَا ، وَإِنْ أَخْلَ بِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ نَسَبِهِمَا إِذَا رَفَعَ فِيهِ أَغْنَى عَنْ ذِكْرِ الْجَلِيَّةِ . وَإِنْ
كَانَ الْحَاكِمُ لَا يَعْرِفُ الْحَصَصَيْنِ ، قَالَ : مُدَّعٍ ذَكَرَ أَنَّهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، وَأَخْضَرَ
مَعَهُ مُدَّعَى عَلَيْهِ ذَكَرَ أَنَّهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ . وَيَرْفَعُ فِي نَسَبِهِمَا ، وَيَذْكُرُ جَلِيتَهُمَا ؛ لِأَنَّ
الاعْتِمَادَ عَلَيْهَا ، فَرُبَّمَا اسْتَعَارَ النَّسَبَ . وَيَقُولُ : أَعْمُ ، أَوْ أَنْزَعُ . وَيَذْكُرُ صِفَةَ الْعَيْنَيْنِ
وَالْأَيْفَ وَالْقَمِيمَ وَالْحَاجِبَيْنِ ، وَاللَّوْنَ وَالطُّوْلَ وَالْقَصَرَ . مَا دَعَى عَلَيْهِ كَذَا وَكَذَا ، فَأَقْرَلَهُ . وَلَا

٢٤/١١

(٨) فِي الْأَصْلِ : « الشَّهَادَةُ » .

(٩) فِي ب ، م : « ذُو » .

(١٠) فِي م : « عَلَيْهِمَا » .

(١١) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « عِبْدُ اللَّهِ » .

(١٢) فِي م : « يَتَمَيَّزُ » .

يحتاج أن يقول: بمجلس حكمه. لأن الإقرار يصح في غير مجلس الحكم. وإن كتب
أنه شهد على إقراره شاهدان، كان أوكد. ويكتب الحاكم على رأس المحضر: الحمد لله
رب العالمين. أو ما أحب من ذلك. فأما / إن أنكر المدعى عليه، وشهدت عليه بيته،
قال: فادعى عليه كذا وكذا، فأنكر، فسأل الحاكم المدعى: ألك بيته؟ فأخبرها،
وسأل الحاكم سماعها ففعل، وسأله أن يكتب له محضراً بما جرى، فأجابه إليه، وذلك
في وقت كذا. ويحتاج ههنا أن يذكر: بمجلس حكمه وقضائه. بخلاف الإقرار؛ لأن
البيته لا تسمع إلا في مجلس الحكم، والإقرار بخلافه. ويكتب الحاكم في آخر المحضر:
شهدا عندي بذلك. فإن كان مع المدعى كتاب فيه خطب الشاهد كتب تحت^(١٣)
خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما: شهد عندي بذلك. ويكتب علامته في رأس
المحضر، وإن اقتصر على ذلك دون المحضر، جاز. فأما إن لم تكن للمدعى بيته،
فاستخلف المنكر، ثم سأل المنكر الحاكم محضراً للأيخلف في ذلك ثانياً، كتب له
مثل ما تقدم، إلا أنه يقول: فأنكر، فسأل الحاكم المدعى: ألك بيته؟ فلم تكن له بيته،
فقال: لك يمينه. فسأله أن يستخلفه، فاستخلفه في مجلس حكمه وقضائه، في وقت
كذا وكذا. ولا بد من ذكر تخليفه؛ لأن الاستخلاف لا يكون إلا في مجلس الحكم، ويعلم
في أوّله خاصّة. وإن نكل المدعى عليه عن اليمين، قال: فعرض اليمين على المدعى
عليه، فتكل عنها، فسأل خصمه الحاكم أن يقضي عليه بالحق، فقضى عليه في وقت
كذا. ويعلم في آخره، ويذكر أن ذلك في مجلس حكمه وقضائه. فهذه صفة المحضر.
فأما إن سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بمائت في المحضر، لزمه أن يحكم له به،
ويتفذه، فيقول: حكمت له به، ألزمته الحق، أنفذت الحكم به. فإن طالبه^(١٤) أن
يشهد له على حكمه، لزمه ذلك، لتحصل له الوثيقة به. فإن طالبه أن يسجل له به، وهو
أن يكتب في المحضر / ويشهد على إنفاذه، سجل له. وفي وجوب ذلك، الوجهان
المذكوران في المحضر. وهذه صورة السجل: بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما أشهد عليه

(١٣) سقط من: م.

(١٤) في م: طلبه.

القاضي فلان بن فلان الفلاني ، قاضي عبد الله الإمام ، على كذا وكذا في مجلس حُكْمِهِ وقضائه ، في موضع كذا وكذا ، في وقت كذا وكذا ، أنه ثبتَ عنده ^(١٥) شهادة فلان وفلان ونسبهما ، وقد عَرَفَهما بما سَأَغَ له به قبولُ شهادتهما عنده بما ^(١٦) في كتاب نُسخته ^(١٧) . وينسخُ الكتابَ إن كان معه ، أو المَحْضَرُ في أي حُكْمٍ كان ، فإذا فرغَ منه قال بعد ذلك : فحكمَ به ، فأَنفَذَهُ ^(١٨) وأَمضاه ، بعد أن سألَه فلان بن فلان ، أن يَحْكُمَ له به . ولا يحتاج أن يذكرَ أنه بِمَحْضَرِ المدَّعى عليه ؛ لأنَّ القضاءَ على الغائب جائزٌ ، فإن أراد أن يذكرَه احتياطاً ، قال : بعد أن حَضَرَه من سَأَغَ له الدَّعوى عليه . ويكتبُ الحاكمُ بالسَّجِلِ والمَحْضَرِ نُسخَتَيْنِ ؛ إحداهما ، تكونُ في يدِ صاحبِ الحقِّ . والأخرى ، تكونُ في ديوانِ المحكم ، فإن هلكَتِ إحداهما نابَتِ الأخرى عنها ، وتُخْتَمُ التي ^(١٩) في ديوانِ المحكم ، ويكتبُ على طَيِّبٍ ^(٢٠) : سَجِلُ فلان بن فلان ، أو مَحْضَرُ فلان بن فلان ، أو وثيقةُ فلان بن فلان . فإن كَثُرَ ما عنده جَمَعَ ما يَجْتَمِعُ في كُلِّ يومٍ أو أسبوعٍ أو شهرٍ ، على قدرِ كَثَرَتِها أو قِلَّتِها ^(٢١) ، وشَدَّها إِضْبَارَةً ، ويكتبُ عليها : أسبوعٌ كذا ، من شهرٍ كذا ، من سنةٍ كذا . ثم يَضُمُّ ما يَجْتَمِعُ في السَّنةِ ، ويَدْعُها نَاحِيَةً ، ويكتبُ عليها : كُتِبَ سَنَةٌ كذا . حتى إذا حَضَرَ مَنْ يَطْلُبُ شَيْئاً منها ، سألَه ^(٢٢) عن السَّنةِ ، فيُخْرِجُ كُتِبَ تلك السَّنةِ ، ويسهِّلُ . وينبغي أن يتولَّى جَمْعَها وشَدَّها بنفسِه ؛ لِئَلَّا يُزَوَّرَ / عليه ، فإن تولَّى ذلك ثِقَةً مِنْ ثِقَاتِهِ ،

ط ٢٥/١١

جاءَ .

فصل : ويتنبى أن يُجْعَلَ من بيتِ المالِ شيءٌ بِرَسْمِ الكاغِدِ الذي يُكتبُ فيه المَحْاضِرُ والسَّجِلَاتُ ؛ لأنَّه من المصالح ، فإنَّه يُحَفَظُ به الوثائقُ ، ويُذَكَّرُ الحاكمُ حُكْمَهُ ،

(١٥) في الأصل : « عندي » .

(١٦) في الأصل : « ما » .

(١٧) في م : « نسخة » .

(١٨) في ب : « وأنفذه » .

(١٩) في ب ، م : « الذي » .

(٢٠) في ب : « طيبه » .

(٢١) في ب ، م : « وقتها » .

(٢٢) في م : « سام » .

والشاهد شهادته ، ويَرْجَعُ بِالذَّكَرِ عَلَى مَنْ رَجَعَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَعْوَزَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْ الْحَاكِمُ ذَلِكَ ، وَيَقُولُ لِمَا حَبِطَ الْحَقُّ : إِنْ شِئْتَ جِئْتُ بِكَاغِدٍ ، أَكْتُبُ لَكَ فِيهِ ، فَإِنَّهُ حُجَّةُكَ ، وَلَسْتُ أَكْرِهُكَ عَلَيْهِ .

فصل : وإذا اُرتفعَ إليه خصمان ، فذكر أحدهما أن حجته في ديوان الحكيم ، فأخرجها الحاكم من ديوانه ، فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه ، وفيها حكمه ، فإن ذكر ذلك ، حكم به ، وإن لم يذكره ، لم يحكم به . نص عليه أحمد ، في الشهادة ، قاله بعض أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن . وعن أحمد ، رضي الله عنه ، أنه يحكم به . وبه قال ابن أبي ليلى . وهذا الذي رأيته عن أحمد في الشهادة ؛ لأنه إذا كان في قِطْطِهِ تحت ختمه ، لم يَحْتَمِلْ أَنْ يَكُونَ إِلَّا صَحِيحًا . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى ، أَنَّهُ حُكْمُ حَاكِمٍ لَمْ يَعْلَمْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ إِنْفَاذُهُ إِلَّا بَيِّنَةً ، كَحُكْمٍ غَيْرِهِ ، وَلأنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَزُورَ عَلَيْهِ وَعَلَى خَتْمِهِ ، وَالخَطُّ يُشَبِّهُ الخَطَّ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ وَجَدَ فِي دَفْتَرِ أَبِيهِ حَقًّا عَلَى إِنْسَانٍ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَدْعِيَهُ ، وَيُخَلِّفَ عَلَيْهِ . قُلْنَا : هَذَا يُخَالِفُ الحُكْمَ وَالشَّهَادَةَ ، بِدَلِيلِ الإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّهُ لَوْ وَجَدَ بِخَطِّ أَبِيهِ شَهَادَةً ، لَمْ يَجْزِ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِهَا ، وَلَا يَشْهَدَ بِهَا ، وَلَوْ وَجَدَ حُكْمَ أَبِيهِ مَكْتُوبًا بِخَطِّهِ ، لَمْ يَجْزِ لَهُ إِنْفَاذُهُ ، وَلأنَّهُ يُمَكِّنُهُ الرُّجُوعَ فِيمَا حَكَمَ بِهِ ^(٢٣) إِلَى نَفْسِهِ ، لأنَّهُ فَعَلَ نَفْسِهِ ، فَرُوِيَ ذَلِكَ . وَأَمَّا مَا كَتَبَهُ أَبُوهُ ، فَلَا يُمَكِّنُهُ الرُّجُوعُ فِيهِ ^(٢٤) إِلَى نَفْسِهِ ، فَيَكْفِي ^(٢٥) فِيهِ / الظَّنُّ .

و٢٦/١١

فصل : فإن ادَّعى رجل على الحاكم ، أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي . فذكر ^(٢٦) الحاكم حكمه ، أمضاه ، وألزم خصمه ما حكم به عليه . وليس هذا حكمًا بالعلم ، إنما هو إمضاء لحكمه السابق . وإن لم يذكره القاضي ، فشهد عنده شاهدان على حكمه ، ألزمه قبولها ، وإمضاء القضاء . وبه قال ابن أبي ليلى ، ومحمد بن الحسن . قال

(٢٣) في م نهادة : عليه .

(٢٤) في م : فيما حكم به .

(٢٥) في الأصل : فكفى .

(٢٦) في ب : ثم ذكر .

القاضي : هذا قياس قول أحمد ؛ لأنه قال : يرجع الإمام إلى قول اثنين فصاعداً من المؤمنين . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي : لا يقبل ؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى الإحاطة والعلم ، فلا يرجع إلى الظن ، كالشاهد إذا نسي شهادته ، فشهد عنه شاهدان أنه شهد^(٢٧) ، لم يكن له أن يشهد . ولنا ، أنهما لو شهدا عنه بحكم غيره قبل ، فذلك إذا شهدا عنه بحكميه^(٢٨) ، ولأنهما شهدا بحكم حاكم . وما ذكروه لا يصح ؛ لأن ذكر ما نسيه ليس إليه ، ويخالف الشاهد ؛ لأن الحاكم يُمضي ما حكم به إذا ثبت عنه ، والشاهد لا يقدر على إضفاء شهادته ، وإنما يُمضيها الحاكم .

١٨٧٢ - مسألة ، قال : (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةٌ مَنْ لَمْ يَكُنْ يُهْدِي إِلَيْهِ قَبْلَ وَلَا يَتِيهِ)

وذلك لأن الهدية يُعصّد بها في الغالب استيمالة قلبه ، ليعتني به في الحكم ، فتشبه الرشوة . قال مسروق : إذا قبل القاضي الهدية ، أكل السحت ، وإذا قبل الرشوة ، بلغت به الكفر . وقد روى أبو حميد الساعدي ، قال : بعث رسول الله ﷺ رجلاً من الأزد ، يُقال له ابن اللبيبة على الصدقة ، فقال : هذا لكم ، وهذا أهدي إلي . فقام النبي ﷺ فحمد الله ، وأثنى عليه ، ثم قال : « مَا بَالُ الْعَامِلِ تَبِعْتُهُ ، فَيَجِيءُ يَقُولُ : هَذَا لَكُمْ ، وَهَذَا أَهْدَى^(١) إِلَيَّ ، أَلَا جَلَسَ فِي بَيْتِ أُمِّهِ^(٢) ، فَيَنْظُرُ أَيُّهُدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا ؟ ، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ ، لَا تَبِعْتُ أَحَدًا مِنْكُمْ ، فَيَأْخُذُ شَيْئًا ، إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ / عَلَى رَقَبَتِهِ ، إِنْ كَانَ بَعِيرًا لَهُ رِعَاءٌ ، أَوْ بَقَرَةٌ لَهَا حَوَارٌ ، أَوْ شَاةٌ تَبْعُرُ^(٣) . فَرَفَعَ يَدَيْهِ^(٤) حَتَّى رَأَيْتُ عُقْرَةَ^(٥) » إِبْطِلِيهِ ، فَقَالَ : « اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتُ » ثَلَاثًا ؟ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . وَلِأَنَّ حَدُوثَ

(٢٧) في الأصل : « يشهد » .

(٢٨) ل م : « بحكم نفسه » .

(١) سقط من الأصل .

(٢) في صحيح البخاري : « في بيت أبيه وأمه » . وفي صحيح مسلم : « في بيت أبيه أو في بيت أمه » .

(٣) تبعر : تصبح ، والبعار : صوت الشاة .

(٤) في الأصل : « يده » .

(٥) عفرة الإبط : البياض الذي ليس بالناصع .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب كيف كانت بين النبي ﷺ ، من كتاب الإيمان ، وفي : باب هدايا العمال ، من =

الْهَدْيَةُ عِنْدَ خُدُوثِ الْوِلَايَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا مِنْ أَجْلِهَا ، لِيَتَوَسَّلَ بِهَا إِلَى مَثَلِ الْحَاكِمِ مَعَهُ عَلَى تَخْصِيمِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ قَبُولُهَا مِنْهُ ^(٧) كَالرِّشْوَةِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ يُهْدَى إِلَيْهِ قَبْلَ وِلَايَتِهِ ، جَازَ قَبُولُهَا مِنْهُ بَعْدَ الْوِلَايَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ مِنْ أَجْلِ الْوِلَايَةِ ؛ لَوْجُودِ سَبَبِهَا قَبْلَ الْوِلَايَةِ ، بِدَلِيلِ وُجُودِهَا قَبْلُهَا . قَالَ الْقَاضِي : وَيُسْتَحَبُّ لَهُ التَّنَزُّعُ عَنْهَا : وَإِنْ أَحْسَنَ أَنَّهُ يُقَدِّمُهَا بَيْنَ يَدَيْ تَخْصِيمِهِ ، أَوْ فَعَلَهَا حَالَ الْحُكُومَةِ ، حَرَّمَ اخْتِذَافُ هَذِهِ الْحَالِ ؛ لِأَنَّهَا كَالرِّشْوَةِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، أَنَّ قَبُولَ الْهَدْيَةِ مَكْرُوهٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ . وَفِيهَا ذِكْرُنَاهُ دَلَالَةً عَلَى التَّحْرِيمِ .

فصل : فأمَّا الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ ، وَرِشْوَةُ الْعَامِلِ ، فَحَرَامٌ بِلَا خِلَافٍ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ أَكُلُوا لِمَا كَسَبْتُمْ ﴾ ^(٨) . قَالَ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، فِي تَفْسِيرِهِ : هُوَ الرِّشْوَةُ . وَقَالَ : إِذَا قَبِلَ الْقَاضِي الرِّشْوَةَ ، بَلَغَتْ بِهِ إِلَى الْكَفْرِ . وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو ، قَالَ : لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(٩) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ ، وَزَادَ : « فِي الْحُكْمِ » . وَرَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ ، فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » ^(١٠) ، وَزَادَ : « وَالْمُرَاشِي » ^(١١) وَهُوَ السَّقْفِيرُ بَيْنَهُمَا . وَلِأَنَّ الْمُرْتَشِيَّ إِنَّمَا

= كِتَابُ الْأَحْكَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٦٢/٨ ، ٨٨/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ هَدَايَا الْعَمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٤٦٣/٣ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي هَدَايَا الْعَمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١٢١/٢ ، ١٢٢ ، وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَهْدَى لِعَمَالِ الصَّدَقَةِ لِمَنْ هُوَ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ فِي الْعَامِلِ إِذَا أَصَابَ فِي عَمَلِهِ شَيْئًا ، مِنْ كِتَابِ السَّيْرِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٣٩٤/١ ، ٣٣٢/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥ / ٤٢٣ .

(٧) لَمْ يَرِدْ فِي : الْأَصْلِ ، ب .

(٨) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٢ .

(٩) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّاشِيِّ وَالْمُرْتَشِيَّ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَوْحَادِيِّ ٨١/٦ ، ٨٢ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي كِرَاهِيَةِ الرِّشْوَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٧٠/٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ التَّغْلِيفِ فِي الْخِيفِ وَالرِّشْوَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٧٥/٢ . جَمِيعُهُمْ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٦٤/٢ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ٢١٢ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، وَفِي : ٣٨٨ ، ٣٨٧/٢ ، ٣٨٨ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَفِي ٢٧٩/٥ عَنْ ثَوْبَانَ .

(١٠) ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي يَعْلَى ، فِي تَرْجُمَتِهِ ، فِي : طَبَقَاتِ الْخَتَابَةِ ١٢٠/٢ .

(١١) فِي م : « وَالرَّاشِي » .

يُرْتَشَى لِيُحْكَمَ بِغَيْرِ الْحَقِّ، أَوْ لِيُوقَفَ الْحُكْمُ عَنْهُ، وَذَلِكَ مِنْ أَعْظَمِ الظُّلْمِ . قَالَ مَسْرُوقٌ :
 سَأَلْتُ ابْنَ مَسْعُودٍ عَنِ السُّحْتِ ، أَمْ هُوَ الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ ؟ قَالَ : لَا ، ﴿ وَمَنْ لَمْ يُحْكَمْ بِمَا
 أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ ^(١٢) وَ ﴿ الظَّالِمُونَ ﴾ ^(١٣) وَ ﴿ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(١٤) وَلَكِنْ
 السُّحْتُ أَنْ يَسْتَعِينَكَ الرَّجُلُ عَلَى مَظْلَمَةٍ ، فَيُهْدِي لَكَ ، فَلَا تَقْبَلُ ^(١٥) . وَقَالَ قَتَادَةُ : قَالَ
 كَتَبَ : الرِّشْوَةُ تُسَفِّهُ الْحَلِيمَ ، وَتُعْيِي عَيْنَ الْحَكِيمِ . فَأَمَّا الرَّاشِي فَإِنْ رَشَاهُ لِيُحْكَمَ لَهُ
 بِبَاطِلٍ ، أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ / حَقًّا ، فَهُوَ مُلْعُونٌ ، وَإِنْ رَشَاهُ لِيَدْفَعَ ظُلْمَهُ ، وَيُجْزِيَهُ عَلَى وَاجِبِهِ ، فَقَدْ
 قَالَ عَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنُ : لَا بَأْسَ أَنْ يُصَانَعَ عَنْ نَفْسِهِ . قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ : مَا
 رَأَيْتُنِي فِي زَمَنِ زَيْدٍ ^(١٦) أَنْفَعَ لَنَا مِنَ الرِّشَا . وَلَئِنْهُ يَسْتَنْقِذُ مَالَهُ كَمَا يَسْتَنْقِذُ الرَّجُلُ أَسِيرَهُ . فَإِنْ
 ارْتَشَى الْحَاكِمُ ، أَوْ قَبِلَ هَدِيَّةً لَيْسَ لَهُ قَبُولُهَا ، فَعَلِيهِ رَدُّهَا إِلَى آرِبَابِهَا ، لِأَنَّهُ أَخَذَهَا ^(١٧) بِغَيْرِ
 حَقٍّ ، فَاشْتَبَهَ الْمَأْخُودَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ
 يَأْمُرْ ابْنَ التَّبَيَّةِ بِرَدِّهَا عَلَى آرِبَابِهَا . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَهْدَى الْبَطْرِيقُ لِمُصَاحِبِ الْجَيْشِ عَيْنًا
 أَوْ فِضَّةً ، لَمْ تَكُنْ لَهُ دُونَ سَائِرِ الْجَيْشِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : يَكُونُونَ فِيهِ ^(١٨) سَوَاءً .

فصل : وَلَا يَتَّبِعِي لِلْقَاضِي أَنْ يَتَوَلَّى الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِنَفْسِهِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو الْأَسْوَدِ
 الْمَالِكِيُّ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا عَدَلَ وَإِلَّا اتَّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ
 أَبَدًا » ^(١٩) . وَلَئِنْهُ يُعْرَفُ فِيحَابِي ، فَيَكُونُ كَالْهَدِيَّةِ ، وَلَئِنْ ذَلِكَ يَشْغَلُهُ عَنِ النَّظَرِ فِي أُمُورِ
 النَّاسِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِّيقِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ لَمَّا بُويعَ ، أَخَذَ الذَّرَاعَ وَقَصَدَ
 السُّوقَ ، فَقَالُوا : يَا خَلِيفَةُ رَسُولِ اللَّهِ ، لَا يَسَعُكَ أَنْ تَشْتَغَلَ عَنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ :
 فَإِنِّي لَا أَدْعُ عِيَالِي يَضِيعُونَ . قَالُوا : فَنَحْنُ نَفْرِضُ لَكَ مَا يَكْفِيكَ . ففَرَضُوا لَهُ كُلَّ يَوْمٍ
 دِرْهَمَيْنِ ^(٢٠) . فَإِنْ بَاعَ وَاشْتَرَى ، صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمَّ بِشَرْطِهِ وَأَرْكَانِهِ . وَإِنْ اخْتَالَجَ

(١٢) الآيات ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧ ، من سورة المائدة .

(١٣) أخرجه البيهقي ، في : باب التشديد في أخذ الرشوة ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠ / ١٣٩ .

(١٤) في م : ٥ : نادرة . وهو معنى زياد بن أبيه .

(١٥) في ب : نادرة : منهم .

(١٦) في ب : فيها .

(١٧) عزاه السيوطي إلى الحاكم في الكنى . انظر : الفتح الكبير ٣ / ٩٦ . فيض القدير ٥ / ٢٥٦ .

(١٨) تقدم تخريجها ، في : صفحة ١٠ .

إلى مباشرته ، ولم يكن له من يكفيه ، جاز ذلك ، ولم يُكره ؛ لأنَّ أبا بكرٍ ، رضى الله عنه ، قصد السوق ليَتَجَرَّ فيه ، حتى قرضوا له ما يكفيه ، ولأنَّ القيامَ بعِيَالِه فرضٌ عَيْنٌ ، فلا يتركُه لوهمٌ مضرةٌ ، وإلَّا^(١٩) إذا استغنى عن مباشرته ، ووجد من يكفيه ذلك ، كره له ؛ لما ذكرنا من المعنيين . ويتبعني أن يُوَكَّلَ من ذلك من لا يعرف أنه وكيله ؛ للألأ يحابي . وهذا مذهب / الشافعي . وحكى عن أبي حنيفة ، أنه قال : لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف ؛ لما ذكرنا من قضية أبي بكرٍ ، رضى الله عنه . ولنا ، ما ذكرناه . وروى عن شريح ، أنه قال : شرط على عمر حين ولأني القضاء أن لا يبيع ، ولا ابتاع ، ولا أرتشى ، ولا أقضى وأنا غضبان^(٢٠) . وقضية أبي بكرٍ حجة لنا ؛ فإن الصحابة أكرهوا عليه ، فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع ، فلما أغتوه عن البيع والشراء بما قرضوا له^(٢١) ، قبل قولهم ، وترك التجارة ، فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها .

فصل : ويجوز للحاكم حضور الولائم ؛ لأنَّ النبي ﷺ كان يحضرها ، وبأمر بحضورها ، وقال : « مَنْ لَمْ يُجِبْ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ »^(٢٢) . فإن كثرت وزادحت ، تركها كلها ، ولم يجب أحدا ؛ لأنَّ ذلك يشغله عن الحكم الذي قد تعين عليه ، لكنه يعتذر إليهم ، ويسألهم التحليل ، ولا يجب بعضا دون بعض ؛ لأنَّ في ذلك كسر القلب من لم يجبه ، إلَّا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض ، مثل أن يكون في إحداهما منكراً ، أو تكون في مكان بعيد ، أو يشتغل بها زمناً طويلاً ، والأخرى بخلاف ذلك ، فله الإجابة إليها دون الأولى ؛ لأنَّ عذره ظاهر في التخلف عن الأولى .

فصل : وله عيادة المريض ، وشهود الجنائز ، وإتيان مقدم الغائب ، وزيارة إخوانه والصالحين من الناس ؛ لأنه قرينة وطاعة ، وإن كثر ذلك ، فليس له الاشتغال به عن الحكم ؛ لأنَّ هذا تبرع ، فلا يشتغل به عن الفرض^(٢٣) ، وله حضور البعض دون البعض ؛ لأنَّ

(١٩) ق م : ١ وأما .

(٢٠) انظر : تلخيص الحبير ١٩٥/٤ . وإرواء الغليل ٢٥٠/٨ .

(٢١) ق م : ٢ لهم .

(٢٢) تقدم ترجمته ، في : ١٠٠/١٩٤ ، الحديث الثالث .

(٢٣) في النسخ : « الفرض » .

هذا يفعلُه لتفج نفسه بتخصييل^(٢٤) الأجر ، والقرية له ، والولائم يُراعى فيها حق الدّاعى ، فيتّكسر قلب من لم يُجبه إذا أجاب غيره .

١٨٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَيَعْدِلُ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي الدُّخُولِ عَلَيْهِ ، وَالْمَجْلِسِ ، / وَالْخِطَابِ) ٢٨/١١

وجملته ، أن على القاضى العدل بين الخصمَين في كل شيء ، من المجلس ، والخطاب ،^(١) واللفظ واللفظ^(٢) ، والدخول عليه ، والإلتصاف بهما ، والاستماع منهما . وهذا قول شريح ، وأبى حنيفة ، والشافعى . ولا أعلم فيه مخالفا . وقد روى عمر ابن شبة ، في كتاب « قضاة البصرة » ، بإسناده عن أم سلمة ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ بُلِيَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَلْيَعْدِلْ بَيْنَهُمْ فِي لَفْظِهِ ، وَإِشَارَتِهِ^(٣) ، وَمَقْعَدِهِ ، وَلَا يَرْفَعْ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدٍ الْخَصْمَيْنِ مَا لَا يَرْفَعُهُ عَلَى الْآخَرِ^(٤) » . وفي رواية : « فَلْيَسْوِ بَيْنَهُمْ ؛ فِي النَّظَرِ ، وَالْمَجْلِسِ ، وَالْإِشَارَةِ » . وكتب عمر ، رضى الله عنه ، إلى أبى موسى^(٥) : « سَوِّ^(٦) بَيْنَ النَّاسِ فِي مَجْلِسِكَ وَعَدْلِكَ ، حَتَّى لَا يَأْسَ الضَّعِيفُ مِنْ عَدْلِكَ ، وَلَا يَطْمَحَ شَرِيفٌ مِنْ خَيْفِكَ^(٧) » . وقال سعيد ، ثنا هشيم ، ثنا^(٨) سيار^(٩) ، ثنا الشعبي ، قال : كان بين عمر بن الخطاب ، وأبى بن كعب بدار^(١٠) في شيء ، فجعلا بينهما زيدا بن ثابت ، فأتياه في منزله ، فقال له عمر : « أَتَيْنَاكَ لِنَحْكُمَ بَيْنَنَا ، فِي بَيْنِهِ يُوْنِى الْحُكْمُ^(١١) » . فوسّع له زيد عن

(٢٤) في م : « لتخصييل » .

(١-٢) في الأصل : « والمحلة واللفظة » .

(٢) في الأصل : « وإشارته » .

(٣) وأخرجه البيهقي ، في : باب إلتصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٣٥ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل : « واس » .

(٦) تقدم تحريجه ، في : ١٣/١٩٣ .

(٧) في الأصل : « أعيننا » .

(٨) في الأصل : « يسار » . وما هنا في : السنن الكبرى ١٠/١٣٦ أيضا .

(٩) في السنن الكبرى : « تنارى » .

(١٠) في م : « الحاكم » . وهو مثل معروف .

صَدْرٍ فَرَّاشِهِ ، فَقَالَ : هُنَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : جُرْتُ فِي أَوَّلِ الْقَضَاءِ ، وَلَكِنْ أَجْلَسْتُ مَعَ خَصْمِي . فَجَلَسَا بَيْنَ يَدَيْهِ ، فَأَدَّعَى أَبُو الْأَنْكَرِ عُمَرُ ، فَقَالَ زَيْدُ الْأُبَيِّ ، أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ مِنَ الْيَمِينِ ، وَمَا كُنْتُ لِأَسْأَلَهَا لِأَحَدٍ غَيْرِهِ . فَحَلَفَ عُمَرُ ، ثُمَّ أَقْسَمَ : لَا يُدْرِكُ زَيْدُ بَابِ الْقَضَاءِ ، حَتَّى يَكُونَ عُمَرُ وَرَجُلٌ مِنْ عَرَضِ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَهُ سَوَاءً^(١١) . وَرَوَاهُ عُمَرُ بْنُ شُبَّةَ ، وَفِيهِ : فَلَمَّا أَتَى بَابَ زَيْدٍ ، خَرَجَ فَقَالَ : السَّلَامُ عَلَيْكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، لَوْ أُرْسِلْتُ إِلَى أَثَيْتِكَ^(١٢) . قَالَ : فِي بَيْتِهِ يُؤْتَى الْحَكَمُ . فَلَمَّا دَخَلَ^(١٣) عَلَيْهِ ، قَالَ : هُنَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . قَالَ : بَلْ أَجْلَسْتُ مَعَ خَصْمِي . فَأَدَّعَى أَبُو الْأَنْكَرِ عُمَرُ ، وَلَمْ تَكُنْ لِأُبَيِّ بَيْتُهُ ، فَقَالَ زَيْدُ : أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ مِنَ الْيَمِينِ . فَقَالَ عُمَرُ : تَاللَّهِ إِنْ لَمْ تَطْلَمَ السَّلَامُ / عَلَيْكَ^(١٤) يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . هُنَا^(١٥) يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . أَغْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ^(١٦) . وَلَمْ يُعْفِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ؟ إِنْ كَانَ لِي حَقٌّ اسْتَحَقَّقْتُهُ بِيَمِينِي ، وَإِلَّا تَرَكْتُهُ ، وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، إِنْ التَّخَلَّلْتُ لَتَخْلِي ، وَمَا لِأُبَيِّ فِيهَا حَقٌّ . ثُمَّ أَقْسَمَ عُمَرُ : لَا يُصِيبُ زَيْدٌ وَجْهَ الْقَضَاءِ حَتَّى يَكُونَ عُمَرُ وَغَيْرُهُ مِنَ النَّاسِ عِنْدَهُ سَوَاءً . فَلَمَّا خَرَجَا وَهَبَ التَّخَلُّلَ لِأُبَيِّ ، فَقِيلَ لَهُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، فَهَلَا كَانَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَخْلِفَ ؟ قَالَ : خِفْتُ أَنْ أَتْرِكَ الْيَمِينَ ، فَتَصِيرَ سُنَّةٌ ، فَلَا يَخْلِفُ النَّاسُ عَلَى حُقُوقِهِمْ . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى شُرَيْحٍ ، وَعِنْدَهُ السَّرِيُّ بْنُ وَقَّاصٍ ، فَقَالَ الرَّجُلُ لَشُرَيْحٍ : أَغْدِنِي عَلَى هَذَا الْجَالِسِ عِنْدَكَ . فَقَالَ شُرَيْحٌ لِلْسَّرِيِّ : قُمْ فَاجْلِسْ مَعَ خَصْمِكَ . قَالَ : إِنِّي أَسْمَعُكَ مِنْ مَكَانِي . قَالَ : لَا ، قُمْ فَاجْلِسْ مَعَ خَصْمِكَ . فَأَبَى أَنْ يَسْمَعَ مِنْهُ حَتَّى أَجْلَسَهُ مَعَ خَصْمِهِ . وَفِي رِوَايَةٍ أَنَّهُ^(١٧) قَالَ : إِنْ مَجْلَسْتُكَ بِرِيْبِهِ ، وَإِنِّي لَا أَدْعُ النَّصْرَةَ وَأَنَا عَلَيْهَا قَادِرٌ . وَلَمَّا تَحَاكَمَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَالْيَهُودِيُّ إِلَى شُرَيْحٍ ، قَالَ

٢٨/١١ ظ

(١١) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٩ .

(١٢) في ب ، م : « لأثيتك » .

(١٣) في الأصل : « دخل » .

(١٤-١٥) في م : « ههنا أغف أمير المؤمنين » .

(١٥) سقط من : م .

عليّ: إن خصمني لو كان مسلماً لجلستُ معه بين يديك^(١٦). ولأن الحاكم إذا ميز أحد الخصمين على^(١٧) الآخر حصر، وانكسر قلبه^(١٨)، وربما تُقْمَح حُجَّتُهُ، فأدّى ذلك إلى ظلمه. وإن أُذِنَ لأحد الخصمين للحاكم في رفع الخصم الآخر عليه في المجلس، جاز؛ لأن الحق له، ولا ينكسر قلبه إذا كان هو الذي رفعه. والسنة أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي؛ لما روي أن النبي ﷺ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم. رواه أبو داود^(١٩). وقال عليّ رضي الله عنه: لو أن خصمي مسلماً لجلستُ معه بين يديك. ولأن ذلك أمكن للحاكم في العدل بينهما، والإقبال عليهما، والنظر في خصوصتهما. وإن كان الخصمان ذميين، سوى بينهما أيضاً؛ لاسئوالهما في دينهما، وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً، جاز رفع المسلم عليه، لما روى إبراهيم التيمي، قال: وجد عليّ رضي الله عنه^(٢٠)، درعه مع يهودي، فقال: ذرعي، سقطت وقت كذا وكذا. فقال اليهودي: ذرعي، وفي يدي، بيني وبينك قاضي المسلمين. فارتفع إلى شريح، فلما رآه شريح قام من مجلسه، وأجلسه في موضعه، وجلس مع اليهودي بين يديه، فقال عليّ: إن خصمني لو كان مسلماً لجلستُ معه بين يديك، ولكنتُ سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «لا تُساوَوْهُم في المجالس». ذكره أبو نعيم. في «الجلية». ولا ينبغي أن يُضَيَّفَ أحد الخصمين دون صاحبه، إما أن يُضَيَّفَهما معاً أو يدعهما. وقد روي عن عليّ، كرم الله وجهه، أنه نزل به رجل، فقال له: ألك^(٢١) خصم؟ قال: نعم. قال: تحوّل عنا، فأتى سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «لا تُضَيِّفُوا أَحَدَ الخصمين إلا

(١٦) أخرجه البيهقي، في: باب إحصاف الخصمين ...، من كتاب آداب القاضي. السنن الكبرى ١٠/١٣٦.
وأبو نعيم، في: الحلية ٤/١٣٩. ووكيع، في: أخبار القضاة ٢/٢٠٠.

(١٧) في ب: عن ٤.

(١٨) لم يرد في: الأصل، ب.

(١٩) في: باب كيف يجلس الخصمان بين يدي القاضي، من كتاب الأقضية. سنن أبي داود ٢/٢٧١.

كما أخرجه البيهقي، في: باب إحصاف الخصمين، من كتاب آداب القاضي. السنن الكبرى ١٠/١٣٥.

(٢٠) سقط من: ب، م.

(٢١) في ب، م: إنك ٤.

وَمَعَهُ خَصْمُهُ» (٢٢). ولأن ذلك يؤهم الخصم مثل الحاكم إلى من أضافه . ولا يلحق أحدهما حُجَّتَه ، ولا ما فيه ضرر على خصمه ، مثل أن يريد أحدهما الإقرار ، فيلقنه الإنكار ، أو اليمين فيلقنه النكول ، أو النكول ، فيجزمه على اليمين ، أو يجس من الشاهد بالتوقف ، فيجسره على الشهادة ، أو يكون مُقْدِماً على الشهادة ، فيوقفه عنها ، أو يقول لأحدهما وحده : تكلم . ونحو هذا مما فيه إضرار بخصمه ؛ لأن عليه العذل بينهما . فإن قيل : فقد لقن النبي ﷺ السارق ، فقال : « مَا إِخَالَكَ سَرَقْتَ » (٢٣) . وقال عمر لزيد : أرجو أن لا يفصح الله على يدك رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ (٢٤) . قلنا : لا يرذ هذا الإلزام ههنا ؛ فإن هذا في حقوق الله وحدوده ، ولا خصم للمعقر ، ولا للمشهود عليه ، فليس في تلقينه حيف على أحد الخصمين ، ولا ترك للعذل في أحد الجانبين ، والذي قلنا في الخصمين (٢٥) المختلفين في حق من حقوق الآدميين . ولا ينبغي أن يتعنت (٢٦) الشاهد ، ولا يداخله / في كلامه ، ويعتقه في ألفاظه .

ظ ٢٩/١١

فصل : وإذا حضر القاضي خصوم كثير (٢٧) ، قدم الأول فالأول . وينبغي أن يبعث من يكتب من جاء الأول فالأول ، فيقدمه . قال ابن المنذر : الأحسن أن يتخذ خيطاً مندوداً ، طرفه يلى مجلس الحاكم ، والطرف الآخر يلى مجلس الخصوم ، فكل من جاء كتب اسمه في رُقعة ، وتقبها ، وأدخلها في الخيط مما يلى مجلس الخصوم ، حتى يأتي على آخرهم ، فإذا جلس القاضي مد يده إلى الطرف الذي يليه ، فأخذ الرُقعة التي يليه ، ثم التي بعدها كذلك ، حتى (٢٨) تفرغ الرُقاع (٢٨) ، فإن بقي منها شيء ، وزال الوقت الذي يقضى فيه ، عرف الطرف الذي يليه حين يجلس ، فيتناول في المجلس الثاني الرُقاع ، كفعله بالأنسي . والاعتبار بسبق المدعى ؛ لأن الحق له ، ومتى قدم رجلاً بسبقه (٢٩) ،

(٢٢) أخرجه البيهقي ، في : باب لا ينبغي للقاضي أن يضيف الخصم إلا وخصمه معه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٣٧/١٠ ، ١٣٨ .

(٢٣) تقدم تحريجه ، في : ٤٦٥/١٢ .

(٢٤) تقدم تحريجه ، في : ١٨٤/١١ .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) في م : يهت .

(٢٧) في ب ، م : كثيرة .

(٢٨-٢٨) في م : يأتي على آخرها .

(٢٩) في م : لسبقه .

فَحَكَمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ خَصْمَيْهِ ، قَالَ : لِي دَعْوَى أُخْرَى . لَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَدَّمَ بِسَبْقِهِ فِي خُصُومَةٍ ، فَلَا يُقَدَّمُ بِأُخْرَى ، وَيَقُولُ لَهُ : اجْلِسْ حَتَّى إِذَا لَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مِنَ الْحَاضِرِينَ ، نَظَرْتُ فِي دَعْوَاكَ الْأُخْرَى إِنْ (٣٠) اِتَّكَنَ . فَإِذَا فَرَغَ الْكُلُّ ، فَقَالَ الْأَخِيرُ بَعْدَ فَصْلِ خُصُومَتِهِ : لِي دَعْوَى أُخْرَى . لَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ ، حَتَّى يَسْمَعَ دَعْوَى الْأَوَّلِ الثَّانِيَةَ ، ثُمَّ يَسْمَعُ دَعْوَاهُ . وَإِنْ ادَّعَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، عَلَى الْمُدَّعَى ، حَكَمَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا نَعْتَبِرُ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلَ فِي الْمُدَّعَى (٣١) ، لَا فِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ . وَإِذَا تَقَدَّمَ الثَّانِي ، فَادَّعَى عَلَى الْمُدَّعَى الْأَوَّلِ ، أَوْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْأَوَّلِ ، حَكَمَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ حَضَرَ اثْنَانِ ، أَوْ جَمَاعَةٌ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَقَدَّمَ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ؛ لِتَسَاوِي حُقُوقِهِمْ ، وَإِنْ كَثُرَ عَدَدُهُمْ ، كَتَبَ أَسْمَاءَهُمْ فِي رِقَاعٍ ، وَتَرَكَّهَا بَيْنَ يَدَيْهِ ، وَمَدَّ يَدَهُ فَأَخَذَ رُقْعَةً رُقْعَةً ، وَاحِدَةً بَعْدَ أُخْرَى ، وَيُقَدَّمُ صَاحِبُهَا حَسَبَ مَا يَتَّفَقُ .

فصل : / فَإِنْ حَضَرَ مُسَافِرُونَ وَمُقِيمُونَ ، وَكَانَ الْمَسَافِرُونَ قَلِيلًا ، بَحِثْ لَا يَضُرُّ (٣٢) تَقْدِيمُهُمْ عَلَى الْمُقِيمِينَ ، قَدَّمَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ عَلَى جَنَاحِ السَّفَرِ ، وَيَسْتَفْغِلُونَ بِمَا يَصْلُحُ لِلرَّحِيلِ ، وَقَدْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْهُمْ الصَّوْمَ وَشَطَرَ الصَّلَاةَ تَخْفِيفًا عَنْهُمْ ، وَفِي تَأْخِيرِهِمْ ضَرَرٌ بِهِمْ ، فَإِنْ شَاءَ أَقْرَعُوا لَهُمْ يَوْمًا يَفْرُغُ مِنْ حَوَائِجِهِمْ فِيهِ ، وَإِنْ شَاءَ قَدَّمَهُمْ مِنْ غَيْرِ إِفْرَادٍ يَوْمَ لَهِمْ . فَإِنْ كَانُوا كَثِيرًا ، بَحِثْ يَضُرُّ تَقْدِيمُهُمْ ، فَهُمْ وَالْمُقِيمُونَ سَوَاءٌ ، لِأَنَّ تَقْدِيمَهُمْ مَعَ الْقِلَّةِ ، إِنَّمَا كَانَ لِدَفْعِ (٣٣) الْمَضَرَّةِ الْمُخْتَصَّةِ بِهِمْ ، فَإِذَا آلَ دَفْعُ ضَرَرِهِمْ (٣٤) إِلَى الضَّرَرِ بغيرِهِمْ ، تَسَاوَوْا . وَلَا خِلَافَ فِي أَكْثَرِ هَذِهِ الْأَدَابِ ، وَأَنَّهَا لَيْسَتْ شَرْطًا فِي صَحَّةِ الْقَضَاءِ ، فَلَوْ قَدَّمَ الْمُسَبِّقُ ، أَوْ قَدَّمَ الْحَاضِرِينَ ، أَوْ نَحْوَهُ ، كَانَ قَضَاؤُهُ صَاحِبًا .

فصل : وَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ خَصْمَانِ ، فَإِنْ شَاءَ قَالَ : مَنْ الْمُدَّعَى مِنْكُمَا ؟ لِأَنَّهُمَا حَاضِرَا لِدَٰلِكَ ، وَإِنْ شَاءَ سَكَتَ ، وَيَقُولُ الْقَائِمُ عَلَى رَأْسِهِ : مَنْ الْمُدَّعَى مِنْكُمَا ؟ إِنْ سَكَتَا

(٣٠) ق ب : « إِذْ » .

(٣١) ق ب ، م : « الدَّعْوَى » .

(٣٢) ق الْأَصْل : « يَضُرُّهُمْ » .

(٣٣-٣٤) ق م : « الضَّرَرُ الْمُخْتَصُّ » .

(٣٤) ق م : « الضَّرَرُ عَنْهُمْ » .

جميعاً . ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما : تكلّم . لأنّ في إفراجه بذلك تفضيلاً له ،
 ونزكاً للإنصاف . قال (٣٥) عمرو بن قيس : شهدت شريحاً إذا جلس إليه
 الخصمان ، ورجل قائم على رأسه يقول : أيكما المدعى فليتكلم ؟ وإن ذهب الآخر
 يشغب ، غمزته حتى يقرع المدعى ، ثم يقول : تكلّم . فإن بدأ أحدهما ، فادّعى ، فقال
 خصمه : أنا المدعى . لم يلفظ الحاكم إليه ، وقال : أجب عن دعواه ، ثم ادّع بعد
 ما شئت . فإن ادّعى معاً ، فقياس المذهب أن يقرع بينهما . وهو قياس قول الشافعي ؛ لأنّ
 أحدهما ليس بأوّل من الآخر ، وقد تعذر الجمع بينهما ، فيقرع بينهما ، كالمرأتين إذا
 زفنا في ليلة واحدة . واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً . وقيل : يُرجأ أمرهما
 حتى يتبين المدعى / منها . وما ذكرناه أوّل ؛ لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في
 القضيتين معاً ، وإزجاء أمرهما إضرار بهما ، (٣٦) وفي كل ما (٣٧) ذكرنا دفع للضرر (٣٨)
 بحسب الإمكان ، وله نظير في مواضع من الشرع ، فكان أوّل .

فصل : ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة ، إلا في الوصية والإقرار ؛ لأنّ الحاكم
 يسأل المدعى عليه عما ادّعه ، فإن اعترف به لزّمه ، ولا يمكنه أن تلزمه بجهولة (٣٩) ،
 ويشارك الإقرار ؛ فإن الحق عليه ، فلا يسقط بتركيه إثباته ، وإنما صحّت الدعوى في
 الوصية بجهولة ؛ لأنها تصح بجهولة ؛ فإنه لو وصّى له بشيء أو ستهم صح ، فلا يمكنه (٤٠)
 أن يدّعي عليها إلا بجهولة كائنت ، وكذلك الإقرار ، لما صح أن يقر بجهول ، صح لخصمه
 أن يدّعي عليه أنه أقر له بجهول . إذا ثبت هذا ، فإن كان المدعى أثمناً ، فلا بد من ذكر
 ثلاثة أشياء ؛ الجنس ، والشوع ، والقدر ، فيقول : عشرة دنانير مصرية (٤١) . وإن اختلفت
 بالصّحاح والمكسرة ، قال : صحاح . أو قال : مكسرة . وإن كانت الدعوى في غير

(٣٥-٣٥) في الأصل : عمرو بن قيس . وفي ب ، م : عمرو بن قيس . وانظر : أخبار القضاة ، لوكيع
 ٣٠٧/٢ .

(٣٦-٣٦) في ب ، م : وفيما .

(٣٧) في م : الضرر .

(٣٨) في ب : بجهولا .

(٣٩) في ب : يمكن .

(٤٠) في م : بصرية .

الأنعام ، وكانت عَيْنَانِ تَنْضَبُطُ بِالصَّفَاتِ ، كَالْحُبُوبِ وَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ ، اخْتِجَ أَنْ يَذْكُرَ
 الصَّفَاتِ الَّتِي تَشْتَرُطُ فِي السَّلَامِ ، وَإِنْ ذَكَرَ الْقِيَمَةَ كَانَ آكَدَ ، إِلَّا أَنَّ الصِّفَةَ تُغْنِي فِيهِ كَمَا تُغْنِي
 فِي الْعَقْدِ . وَإِنْ كَانَتْ جَوَاهِرٌ وَغَوَاهِمًا لَا يَنْضَبُطُ بِالصِّفَةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا
 تَنْضَبُطُ إِلَّا بِهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى تَالِفًا ، وَهُوَ مِمَّا لَا يَمِثُلُ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، ادَّعَى
 مِثْلَهُ ، وَضَبَطَهُ بِصِفَتِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَمِثُلُ لَهُ ، كَالنَّبَاتِ وَالْحَيَوَانِ ، ادَّعَى قِيَمَتَهُ ؛ لِأَنَّهَا
 تُجِبُ بِتَلْفِهِ . وَإِنْ كَانَ التَّالِفُ شَيْئًا مُحَلًى بِفَضْئَةٍ أَوْ بِذَهَبٍ ، قَوْمُهُ بِغَيْرِ جِنْسٍ حَلَّتِيهِ ،
 وَإِنْ كَانَ مُحَلًى بِذَهَبٍ وَفَضْئَةٍ ، قَوْمُهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ مُوضِعٌ حَاجَةٌ . وَإِنْ كَانَ
 الْمُدْعَى عَقَارًا ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ مُوضِعِهِ ^(٤١) / وَخُدُودِهِ ، فَيَدْعِي أَنْ هَذِهِ الدَّارُ بِخُدُودِهَا
 وَحُقُوقِهَا لِي ، وَأَنَّهَا فِي يَدِهِ ظَلَمًا ، وَأَنَا أَطَالِبُهُ بِرَدِّهَا عَلَيَّ . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ
 لِي ، وَأَنَّهُ يَمْنَعُنِي مِنْهَا ، صَحَّحَ الدَّعْوَى وَإِنْ لَمْ يَقُلْ أَنَّهَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُنَازِعَهُ وَيَمْنَعَهُ
 وَإِنْ لَمْ تُكُنْ فِي يَدِهِ . وَإِنْ ادَّعَى جِرَاحَةً لَهَا أَرْضٌ مَعْلُومَةٌ ، كَالْمَوْضِيحَةِ مِنَ الْحَرِّ ، جَازَ أَنْ
 يَدْعِيَ الْجِرَاحَةَ وَلَا يَذْكُرَ أَرْضَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ عَبْدٍ ، أَوْ كَانَتْ مِنْ حُرٍّ لَا
 مُقَدَّرَ فِيهَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَرْضِهَا . وَإِنْ ادَّعَى عَلَى أَبِيهِ دَيْنًا ، لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى حَتَّى يَدْعِيَ
 أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ ، وَتَرَكَ فِي ^(٤٢) يَدِهِ وَلَدَهُ ^(٤٣) مَالًا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْزِمُهُ قَضَاءُ دَيْنِ وَالِدِهِ مَا لَمْ يَكُنْ
 كَذَلِكَ . وَيَخْتِجُ أَنْ يَذْكُرَ تَرَكَةَ أَبِيهِ ، وَيُحَرِّرَهَا ، وَيَذْكُرَ قَدَرَهَا ، كَمَا يَصْنَعُ فِي قَدْرِ
 الدَّيْنِ . هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَخْتِجُ إِلَى ذِكْرِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ تَحْرِيرَ دَيْنِهِ ،
 وَمَوْتَ أَبِيهِ ، وَأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ تَرَكَةِ أَبِيهِ مَا فِيهِ وَفَاءً لَدَيْنِهِ . وَإِنْ قَالَ : مَا فِيهِ وَفَاءً لِبَعْضِ دَيْنِهِ .
 اخْتِجَ أَنْ يَذْكُرَ ذَلِكَ الْقَدْرَ . وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فِي نَفْيِ تَرَكَةِ الْأَبِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ
 أَتَكَرَّرَ مَوْتُ أَبِيهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى نَفْسِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى نَفْسِ
 فِعْلِ الْغَيْرِ ، وَقَدْ يَمُوتُ وَلَا يَعْلَمُ بِهِ ابْنُهُ ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ ^(٤٤) مَا وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ تَرَكَةِ أَبِيهِ مَا
 فِيهِ وَفَاءً بِحَقِّهِ ^(٤٥) ، وَلَا شَيْءَ مِنْهُ ، وَلَا يَلْزِمُهُ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّ أَبَاهُ لَمْ يُخْلَفْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ

(٤١) ق م : د وضعه .

(٤٢-٤٣) ق م : د يده .

(٤٣) ق م : د أن .

(٤٤) ق ب ، م : د حقه .

يُخْلَفُ تَرْكُهُ فَلَا تَصِلُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَلْزُمُهُ الْإِيْفَاءُ مِنْهُ ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ الْمُدْعَى تَحْرِيرَ الدَّعْوَى ، فَهَلْ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُلْقِنَهُ تَحْرِيرَهَا ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِهِ فِي ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِعَانَةً أَحَدِ الْحَصَصِيِّينَ فِي حُكْمِهِ .

فصل : إِذَا حَرَّرَ الْمُدْعَى دَعْوَاهُ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْأَلَ تَحْصِيْمَهُ الْجَوَابَ قَبْلَ أَنْ يَطْلُبَ مِنْهُ الْمُدْعَى / ذَلِكَ ، لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَيْهِ ، لِأَنَّ إِحْضَارَهُ وَالِدَّعْوَى إِنَّمَا يُرَادُّ لِيَسْأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَقَدْ أَغْنَى ذَلِكَ عَنْ سُؤْلِهِ ، فَيَقُولُ لِحَصَصِيهِ : مَا تَقُولُ فِيمَا يَدْعِيهِ ؟ فَإِنْ أَقْرَبَ لَزِمَهُ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَسْأَلَةِ الْمُقَرَّلِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ عَلَيْهِ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَسْتَوْفِيهِ إِلَّا بِمَسْأَلَةٍ مُسْتَحَقَّةٍ ، هَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ قَبْلَ مَسْأَلَةِ الْمُدْعَى ؛ لِأَنَّ الْحَالَ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ ذَلِكَ ، فَاكْتَفَى بِهَا ، كَمَا اكْتَفَى بِهَا فِي مَسْأَلَةِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ الْجَوَابَ ، وَلَئِنْ كَثُرَ مِنَ النَّاسِ لَا يَعْرِفُ مُطَابَقَةَ الْحَاكِمِ بِذَلِكَ ، فَيَتَرَكُ مُطَابَقَتَهُ بِهِ لَجَهْلِهِ ، فَيَضِيعُ حَقُّهُ ، فَعَلَى هَذَا يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ قَبْلَ مَسْأَلَتِهِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، إِنْ سَأَلَهُ الْحَصَصِيُّ فَقَالَ : احْكُمْ لِي . حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَالْحُكْمُ أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَلْزَمْتُكَ ذَلِكَ ، أَوْ قَضَيْتُ عَلَيْكَ لَهُ . أَوْ يَقُولُ : أَخْرِجْ لَهُ مِنْهُ . فَمَتَى قَالَ لَهُ أَحَدُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ ، كَانَ حُكْمًا بِالْحَقِّ ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَقَالَ : لَا حَقَّ لَكَ قَبْلَ . فَهَذَا مَوْضِعُ الْبَيِّنَةِ ، قَالَ الْحَاكِمُ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ لِمَا رَوَى أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ؛ حَضَرَمِيُّ وَكِنْدِيُّ ، فَقَالَ الْحَضَرَمِيُّ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضِي . فَقَالَ الْكِنْدِيُّ : هِيَ أَرْضِي ، وَفِي يَدِي ، فَلَيْسَ ^(٤٥) لَهُ فِيهَا حَقٌّ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَضَرَمِيِّ : « أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَلَيْتَ يَمِينُهُ » ^(٤٦) . وَهُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى عَارِفًا بِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْبَيِّنَةِ ، فَالْحَاكِمُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ وَبَيْنَ أَنْ يَسْكُتَ ، فَإِذَا قَالَ لَهُ : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَذَكَرَ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً حَاضِرَةً ، لَمْ يَقُلْ لَهُ الْحَاكِمُ : أَحْضِرْهَا . لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لَهُ ، ^(٤٧) فَلَهُ أَنْ ^(٤٧) يَفْعَلَ مَا يَرَى . وَإِذَا أَحْضَرَهَا لَمْ يَسْأَلْهَا الْحَاكِمُ عَمَّا عِنْدَهَا حَتَّى يَسْأَلَهُ الْمُدْعَى ذَلِكَ ؛

(٤٥) فِي م : : وَلَيْسَ .

(٤٦) تَقْدِمُ تَحْرِيرِهِ ، لِي : صَفْحَةُ ٣٢ .

(٤٧-٤٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . وَفِي ب : : لَهُ أَنْ .

لأنه حَقُّ له فلا^(٤٨) يسأله ، ولا^(٤٩) يتصرف فيه من غير إذنه ، فإذا سأله المدعى سؤالها ، قال : من كانت عنده شهادة فليذكرها^(٥٠) ، إن شاء ؟ ولا يقول لهما : اشهدا . / لأنه أمر . ٣٢/١١
 وكان شريح يقول للشاهدين : ما أنادعوثكما ، ولا ألهاكما أن ترجعا ، وما يقضى على هذا المسلم غيركما ، وإني بكما أقضى اليوم ، وبكما أتقى يوم القيامة^(٥١) . وإن رأى الحاكم عليهما ما يوجب ردّ شهادتهما ، ردّها . كما روى عن شريح ، أنه شهد عنده شاهد ، وعليه قباء محروط الكمين ، فقال له شريح : أتخسين أن تتوضأ ؟ قال : نعم . قال : فاحسير عن ذراعيتك . فذهب يحسير عنهما ، فلم يستطع ، فقال له شريح : قم ، فلا شهادة لك^(٥٢) . وإن أديا الشهادة على غير وجهها ، مثل أن يقولوا : بلغنا أن عليه ألفا ، أو سميغنا ذلك . ردّ^(٥٣) شهادتهما . وشهد رجل عند شريح ، فقال : أشهد أنه أتكأ عليه بمرقعه حتى مات . فقال شريح : أتشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه أتكأ عليه بمرقعه حتى مات^(٥٤) . قال : أتشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه أتكأ عليه بمرقعه حتى مات^(٥٥) . قال : قم ، لا شهادة لك^(٥٦) . وإن كانت شهادة صحيحة ، وعرف الحاكم عدالتهم ، قال للمشهد عليه : قد شهدا عليك ، فإن كان عندك ما يقدح في شهادتهما ، فينبه عندي . فإن سأل الإنظار ، أنظره اليومين والثلاثة . فإن لم يجرح حكم عليه ؛ لأن الحق قد وضح^(٥٧) على وجه لا إشكال فيه . وإن ارتاب بشهادتهما ، فرقهم ، فسأل كل واحد عن شهادته وصفتها ، فيقول : كنت أول من شهد ، أو كبت ، أو لم تكتب ، وفي أي مكان شهدت ، وفي أي شهر ، وأي يوم ؟ وهل كنت وحدك ، أو معك غيرك ؟ فإن اختلفوا ، سقطت شهادتهم ، وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم . ويقال : أول من فعل هذا

(٤٨-٤٩) سقط من : الأصل .

(٤٩) في الأصل : فليذكر .

(٥٠) تقدم في صفحة ٥٢ .

(٥١) أ- القضاة ٣٠٠/٢ .

(٥٢) في ١ ، ب ، م ، د ردت .

(٥٣-٥٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٤) في ب زيادة : له .

ذَنبَال . ويقال : فعله سليمان ، وهو صَغِيرٌ . ورُوي عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أن سَبْعَةَ نفرٍ خرّجوا ، ففُقِدَ واحدٌ منهم ، فأثت زَوْجَتُهُ عليًّا ، فدعا السَّتَةَ ، فسألهم عنه ، فأذكروا ، ففرَّقهم ، وأقام كلَّ واحدٍ عند سارية ، ووكل به ^(٥٥) مَنْ يَحْفَظُهُ ، ودعا واحدًا منهم ، فسأله فأذكرك ، فقال : الله أكبر . فظنَّ الباكون أنه قد اعترف / ، فدعاهم ، فاغترفوا ، فقال ٣٢/١١ ط للأول : قد شَهِدُوا عليك ، وأنا قاتلك . فاغترف ، فقتلهم . وإن لم يُعرف عدالتُهما ، بحث عنها ، فإن لم تثبت عدالتُهما ، قال للمدعى : زدني شهودًا . وإن لم ^(٥٦) تكن له بيّنة ، عرفه الحاكم أن لك يمينه . وليس للحاكم أن يستخلفه قبل مسألة المدعى ؛ لأنَّ اليمين حقٌّ له ، فلم يجز استيفاءها من غير مطالبة مستحقها ، كنفس الحق . فإن استخلفه من غير مسألة ، أو بادر المنكر فحلف ، لم يُغتدَّ بيمينه ؛ لأنَّه أتى بها في غير وقتها . وإذا سألها ^(٥٧) المدعى ، أعادها له ؛ لأنَّ الأولى لم تكن بيمينه . وإن أمسك المدعى عن إخلاف المدعى عليه ، ثم أراد إخلافه بالدعوى المتقدمة ، جاز ؛ لأنَّه لم يسقط حقه منها ، وإنما أخرها . وإن قال : أبرأتك من هذه اليمين . سقط حقه منها في هذه الدعوى ، وله أن يستأنف الدعوى ؛ لأنَّ حقه لا يسقط بالإبراء من اليمين . فإن استأنف الدعوى ، فأذكرك المدعى عليه ، فله أن يخلقه ؛ لأنَّ هذه الدعوى غير الدعوى التي أبرأه فيها من اليمين ، فإن حلف سقطت الدعوى ، ولم يكن للمدعى أن يخلقه بيمينًا أخرى ، لا في هذا المجلس ، ولا في غيره . وإن كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحد ، جاز ، وسقطت دعوهم باليمين ؛ لأنها حقهم ؛ ولأنَّه لما جاز ثبوت الحق بيمين واحدة لجماعة ، جاز سقوطه بيمين واحدة . قال القاضي : ويختل أن لا يصح حتى يخلف لكل واحد يمينًا . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأنَّ اليمين حجة في حق الواحد ، فإذا رضى بها اثنان ، صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة ، والحجة الناقصة لا تكمل برضى الخصم ، كما لورضى أن يحكم عليه بشاهد واحد . والصحيح الأول ؛ لأنَّ الحق لهما ،

(٥٥) سقط من : ب .

(٥٦) سقط من : م .

(٥٧) في الأصل : سأله .

فإذا رَضِيَا به ، جاز ، ولا يُلْزَمُ من رِضاها يَمِينٍ واحدة ، أن يكونَ لكل واحدٍ بعضُ
 اليمين ، كما أن الحقوقَ إذا قامت بها يَتَّةٌ واحدة ، لا يكونَ لكل حق بعضُ اليَتَّةِ ، فأما إن
 حلفه لجميعهم يَمِينًا واحدةً بغيرِ / رِضاها ، لم تُصَحَّ يَمِينُهُ . بلا خلافٍ نَعْلَمُهُ . وقد
 حكى الإصطخريُّ ، أن إسماعيلَ بنَ إسحاقَ القاضي ، حلفَ رجلًا بحقٍ لرجلين يَمِينًا
 واحدةً ، فخطأه أهلُ عصره^(٥٨) . وإن قال المُدْعَى : لى يَتَّةٌ غائبةٌ ، قال له الحاكمُ : لك
 يَمِينُهُ ، فإن شئتَ فاستحلفه ، وإن شئتَ أخرته إلى أن تُحضِرَ يَمِينَكَ ، وليس لك مُطالبُهُ
 بكفيل ، ولا ملازمته حتى تُحضِرَ اليَتَّةَ . نصُّ عليه أحمدُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لقول
 رسولِ الله ﷺ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ »^(٥٩) . فإن أخلفه^(٦٠) ، ثم
 حضرَت يَمِينُهُ ، حكمَ بها ، ولم تكنِ اليَمِينُ^(٦١) مُزيلةً للحقِّ ؛ لأنَّ اليَمِينَ إنما يُصارُ إليها
 عندَ عَدَمِ اليَتَّةِ ، فإذا وُجدَت اليَتَّةُ بطلَّتِ اليَمِينُ ، وَبَيَّنَّ كَذِبُهَا . وإن قال : لى يَتَّةٌ
 حاضرةٌ ، وأريدَ يَمِينُهُ ثم أقيمَ يَمِينِي . لم يَمْلِكْ ذلك . وقال أبو يوسفَ : يَسْتَحْلِفُهُ ، وإن
 تَكَلَّفَ قَضَى عليه ؛ لأنَّ فى الاستِحلافِ فائدةٌ ، وهو أنه رِما نكَل ، فقاضى عليه ، فأغنى
 عن اليَتَّةِ . ولنا ، قوله عليه السلامُ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ » .
 و « أَوْ » للتَّخْيِيرِ بينَ شَيْئَيْنِ ، فلا يكونُ له الجَمْعُ بينهما ، ولأنَّه أَمَكَنَ فَصْلَ الْخُصُومَةِ
 باليَتَّةِ ، فلم يُشْرَعْ غيرها مع إرادةِ المُدْعَى إقامتها وحضورها ، كالألو^(٦٢) لم يُطْلَبْ^(٦٣)
 يَمِينُهُ ، ولأنَّ اليَمِينَ بَدَلٌ ، فلم يَجِبِ الجَمْعُ بينها وبين مُبَدِّلِهَا ، كسائرِ الأبدالِ مع
 مُبَدِّلَاتِهَا . وإن قال المُدْعَى : لا أريدُ إقامتها ، وإنما أريدُ يَمِينَهُ أَكْفَى بها . استَحْلِفْ ؛ لأنَّ
 اليَتَّةَ حَقَّهُ ، فإذا رَضِيَ بِإِسْقَاطِهَا ، وَتَرَكَ إقامتها ، فله ذلك ، كتنفيسِ الحقِّ . فإن حلفَ
 المُدْعَى عليه ، ثم أرادَ المُدْعَى إقامةَ يَمِينِهِ ، فهل يَمْلِكُ ذلك ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛
 أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّ اليَتَّةَ لا تَبْطُلُ بالاستِحلافِ ، كالألو كانت غائبةً . والثانى ، ليس

(٥٨) انظر : طبقات الشافعية الكبرى ٣/ ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٥٩) تقدم تقريره ، فى : صفحة ٣٢ .

(٦٠) فى ب : ١ حلفه .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢-٦٣) فى الأصل : « بطلت » .

له ذلك ؛ لأنه قد اسقط حقه من إقامتها ، ولأنَّ تَجْوِيزَ إقامتها يفتح باب الجيلة ، لأنه
يقول : لا أريد إقامتها . ليخلف خصمه ، ثم يقيمها . فإن كان له شاهد واحد / في
الأموال ، عرفه الحاكم أن له أن يخلف مع شاهده ، ويستجحي ، فإن قال : لا أخلف أنا ،
وأرضى يمينه . استخلف له (٦٣) ، فإذا حلف ، سقط الحق عنه ، فإن عاد المدعى
بعدها ، وقال : أنا أخلف مع شاهدي . لم يستخلف ، ولم يُسمع منه . ذكره القاضي .
وهو مذهب الشافعي ؛ لأنَّ اليمين فعله وهو قادر عليها ، فأمكنه أن يسقطها ، بخلاف
البيئية . وإن عاد قبل أن يخلف المدعى عليه ، فبذل اليمين ، فقال القاضي : (٦٤) لم
يكن (٦٤) له ذلك في هذا المجلس . وكل موضع قلنا : يستخلف المدعى عليه . فإن الحاكم
يقول له : إن حلفت ، ولأجعلك ناكلاً ، وقضيت عليك . ثلاثاً ، فإن حلف ، ولأ
حكم عليه بنكوله إذا سأل المدعى ذلك . فإن سكنت عن جواب الدعوى ، فلم يقر ولم
ينكر ، حبسه الحاكم حتى يجيب ، ولا يجعله بذلك ناكلاً . ذكره القاضي ، في
« المجرد » . وقال أبو الخطاب : يقول له الحاكم : إن أجبت ، ولأجعلك ناكلاً ،
وحكمت عليك . ويكرر ذلك عليه ثلاثاً (٦٥) ، فإن أجاب ، ولأجعله ناكلاً ، وحكم
عليه ؛ لأنه ناكيل عما توجه عليه الجواب فيه ، فيحكم عليه بالنكول عنه ، كاليمين .

١٨٧٤ - مسألة ، قال : (وإذا حكم على رجل في عمل غيره ، فكتب بإفاد
القضاء عليه إلى قاضي ذلك البلد ، قبل كتابه ، وأخذ المخكوم عليه بذلك الحق)

الأصل (٦٦) في كتاب القاضي إلى القاضي ، والأمير إلى الأمير ، الكتاب والسنة
والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ إِنِّي آتِي إِلَيْكَ بِكِتَابٍ كَرِيمٍ ۝ إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمٍ ۝
وَاللَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ۝ أَلَا تَعْلَمُونَ أَنِّي وَأَتُونِي مُسْلِمِينَ ﴾ (٦٧) . وأما السنة ، فإن

(٦٣) في الأصل : د لما .

(٦٤-٦٥) في م : ليس .

(٦٥) سقط من : ب ، م .

(٦٦) قبل هذا في م نهاية : د ثم .

(٦٧) سورة النمل ٢٩-٣١ .

النَّبِيُّ ﷺ كَتَبَ إِلَى كِسْرَى ، وَقَيْصَرَ ، وَالتَّجَاشِي ، وَمُلُوكِ الْأَطْرَافِ ، وَكَانَ يَكْتُبُ إِلَى
وُلَاتِهِ ، وَيَكْتُبُ لِعُمَلَاءِهِ وَسُعَاتِهِ ، وَكَانَ فِي كِتَابِهِ / إِلَى قَيْصَرَ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ . مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ ، إِلَى قَيْصَرَ عَظِيمِ الرُّومِ ، أَمَّا بَعْدُ ، فَأَسْلِمْتُ نَسْلَمَ ، وَأَسْلِمَ
يُؤْتِكُ اللَّهُ أَجْرًا عَظِيمًا ، فَإِنْ تَوَلَّيْتَ ، فَإِنَّ عَلَيْكَ إِثْمَ الْأَرِيسِيِّينَ ^(١) ، وَ ﴿ يَا هَؤُلَاءِ الْكِتَابِ
تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى الضُّحَّاكُ بْنُ سَفْيَانَ ، قَالَ : كَتَبَ
إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « أَنْ وَرِثَ امْرَأَةٌ أَشِيمَ الضُّبَابِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا » ^(٣) . وَأَجْمَعَتِ
الْأُمَّةُ عَلَى كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي . وَلَأنَّ الْحَاجَةَ إِلَى قَبُولِهِ دَاعِيَةٌ ، فَإِنَّ مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي بَلَدٍ
غَيْرِ بَلَدِهِ ، لَا ^(٤) يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ ، وَالْمُطَالَبَةُ بِهِ ، إِلَّا بِكِتَابِ الْقَاضِي ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ . إِذَا تَبَيَّنَتْ
هَذَا ، فَإِنَّ كِتَابَ الْقَاضِي ^(٥) إِلَى الْقَاضِي يُقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ ، وَمَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي
الْحُدُودِ ، لِحَقِّ ^(٦) اللَّهِ تَعَالَى . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي مَا عَدَا هَذَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهَذَا قَالُوا أَصْحَابُ
الرَّأْيِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يُقْبَلُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمٍ ، مِنْ الْجَرَاحِ وَغَيْرِهَا ، وَهَلْ
يُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ . وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِي هَذَا الْفَصْلِ يُذَكِّرُ فِي الشَّهَادَةِ
عَلَى الشَّهَادَةِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَالْكِتَابُ عَلَى ضَرِيئَيْنِ : أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكْتُبَ بِمَا حَكَمَ بِهِ ،
وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَحْكُمَ عَلَى رَجُلٍ بِحَقٍّ ، فَيَغِيبَ ^(٧) قَبْلَ إِبْقَائِهِ ، أَوْ يَدْعِيَ حَقًّا عَلَى غَائِبٍ ،
وَيُقِيمَ بِهِ بَيِّنَةً ، وَيَسْأَلُ الْحَاكِمَ الْحَكَمَ عَلَيْهِ ، فَيَحْكُمَ عَلَيْهِ ، وَيَسْأَلُهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا

(٣) أَى : إِثْمُ الْفَلَاحِينَ وَالزَّارِعِينَ ، أَى : إِثْمُ رَعِيَّتِهِ .

(٤) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٦٤ .

وَالْخَبَرُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ دَعَاءِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى الْإِسْلَامِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ وَالسُّرَى ، وَفِي : بَابِ :
﴿ إِنْ الدِّينَ يَشْتَرُونَ بِعَدْلِ اللَّهِ وَابْتِغَاءِ نَفْسِهِمْ قُلُوبًا ... ﴾ ، فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ آلِ عِمْرَانَ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ٥٣/٤ - ٥٧ - ٤٢/٦ - ٤٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى هِرَقْلٍ يَدْعُوهُ إِلَى الْإِسْلَامِ ، وَبَابِ
كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى مُلُوكِ الْكُفَرَاءِ يَدْعُوهُمْ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ . مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٩٣/٣ ، ١٣٩٤ ، ١٣٩٧ .

(٥) تَقَدَّمَ تَفْرِيغُهُ ، فِي : ١٨٥/٩ .

(٦) فِي م : وَ لَا .

(٧) (٧-٧) مَقْطُوعٌ مِنْ : م .

(٨) فِي م : كَحَقِّ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : فَيُعِثُّ .

يَحْمِلُهُ إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْغَائِبُ ، فَيَكْتُبُ لَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ تَقُومُ الْبَيْتَةُ عَلَى حَاضِرٍ ،
فِيهِ رَبُّ قَبْلُ الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَيَسْأَلُ صَاحِبَ الْحَقِّ الْحَاكِمَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ ، وَأَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا
بِحُكْمِهِ . فَفِي هَذِهِ الصُّورِ الثَّلَاثِ ، يَلْزَمُ الْحَاكِمَ إِجَابَتُهُ إِلَى الْكِتَابَةِ ، وَيَلْزَمُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ
قَبُولُهُ ، سَوَاءً كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ بَعِيدَةً أَوْ قَرِيبَةً ، حَتَّى لَوْ كَانَا فِي جَارِيَتِي بَلَدٍ أَوْ مَجْلِسٍ ، لَزِمَهُ
قَبُولُهُ وَإِمضَاؤُهُ ، سَوَاءً كَانَ حُكْمًا عَلَى حَاضِرٍ أَوْ غَائِبٍ . / لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا اخْتِلَافًا ؛ لِأَنَّ حُكْمَ
الْحَاكِمِ يَجِبُ إِمضَاؤُهُ عَلَى كُلِّ حَاكِمٍ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يَكْتُبَ يُعْلِمُهُ ^(١٠) بِشَهَادَةِ
شَاهِدَيْنِ عِنْدَهُ بِحَقِّ لِفْلَانٍ ، مِثْلَ أَنْ تَقُومَ الْبَيْتَةُ عِنْدَهُ بِحَقِّ لِرَجُلٍ عَلَى آخَرَ ، وَلَمْ يَحْكَمْ بِهِ ،
فَيَسْأَلُهُ ^(١١) صَاحِبُ الْحَقِّ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا بِمَا حَصَلَ عِنْدَهُ ، فَإِنَّهُ يَكْتُبُ لَهُ أَيْضًا . قَالَ
الْقَاضِي : وَيَكُونُ فِي كِتَابِهِ : شَهِدَ عِنْدِي فَلَانٌ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا . لِيَكُونَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ هُوَ
الَّذِي يَقْضِي بِهِ ، وَلَا يَكْتُبُ : ثَبَّتْ عِنْدِي ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : ثَبَّتْ عِنْدِي . حُكْمٌ بِشَهَادَتِهِمَا ،
فَهَذَا لَا يَقْبَلُهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ، إِلَّا فِي الْمَسَافَةِ الْبَعِيدَةِ ، الَّتِي هِيَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ ، وَلَا يَقْبَلُهُ ^(١٢)
فِيمَا دُونَهَا ؛ لِأَنَّهُ ثَقُلَ شَهَادَةُ ^(١٣) ، فَاعْتَبَرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَنَحْنُ هَذَا
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَعَمَّادٌ : يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَهُ فِي بَلَدِهِ . وَحُكِيَ عَنْ أُنَى حَنِيفَةٍ
مِثْلُ هَذَا . وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَصْحَابِهِ : الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، ^(١٤) إِلَّا لَا
يَجُوزُ ^(١٥) . ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَاحْتِجَّ مَنْ أَجَاازَهُ بِأَنَّهُ كِتَابُ الْحَاكِمِ بِمَا ثَبَّتَ عِنْدَهُ ،
فَجَازَ قَبُولُهُ مَعَ الْقُرْبِ ، كَكِتَابِهِ بِحُكْمِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ ثَقُلَ الشَّهَادَةِ إِلَى الْمَكْتُوبِ
إِلَيْهِ ^(١٥) ، فَلَمْ يَجُزْ مَعَ الْقُرْبِ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، وَيُفَارِقُ كِتَابَهُ بِالْحُكْمِ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ
لَيْسَ بِثَقِيلٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ خَبَرٌ ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَلْزَمُهُ قَبُولُ الْكِتَابِ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ
بِالْحَقِّ الَّذِي حَكَّمَ عَلَيْهِ بِهِ ، فَيُبَيِّنُ إِلَيْهِ ، فَيَسْتَدْعِيهِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ ، أَمَرَهُ

(١٠) فِي ب ، م : : يَعْلَمُهُ .

(١١) فِي الْأَصْلِ : : فَيَسْأَلُهُ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : : يَقْبَلُ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : : شَهَادَتُهُ .

(١٤-١٥) سَقَطَ مِنْ : م . نَقَلَ نَظْرَ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بأدائه ، والزمه إياه . وإن قال : لست المُسمّى في هذا الكتاب . فالقول قوله مع يمينه ،
 ألا أن يُقيم المُدعى بيّنة أنه المُسمّى في الكتاب . وإن اعترف أن هذا الاسم اسمه ،
 والنسب نسبه ، والصفة صفته ؛ / إلا أن الحق ليس هو عليه ، إنما هو على آخر يُشارِكه في
 الاسم والنسب والصفة ، فالقول قول المُدعى في نفي ذلك ؛ لأن الظاهر عدم المُشاركة في
 هذا كله ، فإن أقام المُدعى عليه بيّنة بما ادّعاءه من وجود مُشارك له في هذا كله ، أخضره
 الحاكم ، وسأله عن الحق ، فإن اعترف به ، ألزمه به ، وتخلّص الأول ، وإن أنكره ، وقف
 الحكم ، ويكتب^(١٦) إلى الحاكم الكاتب يُعلمه الحال ، وما وقع من الإشكالي ، حتى
 يُخضِر الشاهدين ، فيشهدا عنده بما يتميّز به المشهود عليه منهما . وإن ادّعى المُسمّى
 أنه كان في البلد من يُشارِكه^(١٧) في الاسم والصفة ، وقد مات ، نظرنا ، فإن كان موته قبل
 وقوع المعاملة التي وقع الحكم بها ، أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه ، أو المحكوم
 له ، لم يقع إشكال ، وكان وجوده كعدمه . وإن كان موته بعد الحكم ، أو بعد المعاملة ،
 وكان ممن أمكن أن تجرى بينه وبين المحكوم له معاملة ، فقد وقع الإشكال ، كما لو كان
 حياً ؛ لجواز أن يكون الحق على الذي مات .

فصل : وإذا كتب الحاكم ببيّنة ، أو إقرار يدين ، جاز ، وحكم به المكتوب
 إليه ، فأخذ^(١٨) المحكوم عليه به ، وإن كان ذلك عتياً ؛ كعقار محدود ، أو عين مشهودة ،
 لا تشبه بغيرها ، كعبد معروف مشهور ، أو دابة كذلك ، حكم به المكتوب إليه أيضاً ،
 والزم تسليمه إلى المحكوم له به ، وإن كان عتياً لا تميّز إلا بالصفة ، كعبد غير مشهور^(١٩) ،
 أو غيره من الأغنياء التي لا تميّز إلا بالوصف ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يقبل كتابه .
 وبه قال أبو حنيفة . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن الوصف لا يكفي ،
 بدليل أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والتحلية ، كذلك المشهود به . والثاني ،

(١٦) ل ب م ؛ د وكتب ؛ .

(١٧) في الأصل ؛ شاركه ؛ .

(١٨) سقطت الفاء من ؛ ب م ، .

(١٩) ل ب م ؛ د مشهود ؛ .

يجوز ؛ لأنه ثبت في الذمة بالعقد / على هذه الصفة ، فأشبهه الدين ، ويُخالف المشهود له ، ٣٥/١١
فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه ، فإن الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه ، ولأن المشهود عليه يثبت
بالصفة والتحلية ، فكذلك المشهود به . فعلى هذا الوجه ، يتفقد العين محتومة ، وإن كان
عبد أو أمة تحتم في عتقه ، وبعثه إلى القاضي الكاتب ، ليشهد الشاهدان على عتقه ، فإن
شهدا عليه ، دُفع إلى المشهود له به ، وإن لم يشهدا على عتقه ، أو قال : المشهود به غير
هذا . وجب على أخذه رده إلى صاحبه ، ويكون حكمه حكم المَقْصُوبِ في ضمانه ،
وَضَمَانِ نَفْسِهِ وَمَنْعَتِهِ ، فَيَلْزَمُهُ أَجْرُهُ إِنْ كَانَ لَهُ أَجْرٌ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ ^(٢٠) ، إلى أن يصل إلى
صاحبه ؛ لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق .

فصل : ومتى ^(٢١) استوفى الحق من المحكوم عليه ، فقال ^(٢٢) للحاكم عليه : اكتب
لي ^(٢٣) محضراً بما جرى ؛ لئلا يلقاني خصمى في موضع آخر ، فيطالبني به مرة
أخرى . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تلزمه إجابته ؛ ليخلص من المَحْذُورِ الذى يخافه .
والثاني ، لا تلزمه ؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده ، أو حكم به ، فأما استئناف
ابتداء ، فيكفيه فيه الإشهاد ، فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق ؛ لأن الحق ثبت
عليه بالشهادة . والأول أصح ؛ لأنه قد حكم عليه بهذا الحق ، ويخاف الضرر بدون
المحضّر ، فأشبهه ما حكم به ابتداء . وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذى ثبت به
الحق ، لم يلزمه دفعه إليه ؛ لأنه ملكه ، فلا يجب عليه دفعه إلى غيره . وكذلك كل من له
كتاب بدّين ، فاستوفاه ، أو عقار فباعه ، لا يلزمه دفع الكتاب ؛ لأنه ملكه ؛ ولأنه يجوز
أن يخرج ما قبضه مستحقاً ، فيعود إلى ماله .

فصل : ويُقبل الكتاب من قاضى مصر إلى قاضى مصر ، وإلى قاضى قرية ، ومن قاضى
قرية إلى قاضى قرية ، وقاضى مصر . ومن القاضى إلى خليفته ، ومن خليفته إليه ؛ لأنه

(٢٠) ف ب : يأخذه .

(٢١) إلى الأصل ، م : ومن .

(٢٢) أى : المحكوم عليه .

(٢٣) سقط من : الأصل .

٣٦/١١ كتاب / من قاضي إلى قاضي ، فأشبهه ما لو استَوْها . ويجوز أن يَكْتَبَ إلى قاضي مُعَيَّن ، وإلى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم ، من غير تعيين ، ولزم من وصله قبوله . وهذا قال أبو ثور . واستحسنه أبو يوسف . وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يَكْتَبَ إلى غير مُعَيَّن . ولنا ، أنه كتاب حاكم من ولايته ، وصل إلى حاكم ، فلزمه قبوله ، كما لو كان الكتاب إليه بعينه .

فصل : وصيفة الكتاب : بسم الله الرحمن الرحيم . سبب ^(٢٤) هذه المكاتبة ^(٢٥) ، أطل الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، أنه ثبت عندي في مجلس حكيمي وقضائي ، الذي أتوا به بمكان كذا . وإن كان نائباً ، قال : الذي أنوب فيه عن القاضي فلان ، بمحض من خصصتني ؛ مدع ، ومدعى عليه ، جاز استماع الدعوى منهما ، وقبول البيّنة من أحدهما على الآخر ، بشهادة فلان وفلان ، وهما من الشهود المعدلين عندي ، عرفتهما ، وقبلت شهادتهما ، بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني ، بعينه واسمه ونسبه . فإن كان في إثبات أسر أسير قال : وإن الفرنج ، خذلهم الله ، أسروه ^(٢٥) من مكان ^(٢٥) كذا ، في وقت كذا ، وأخذوه إلى مكان كذا ، وهو مقيم تحت خوطتهم ، أبادهم الله ، وأنه رجل فقير من فقراء المسلمين ، ليس له شيء من الدنيا ، ولا يقدر على فكالك نفسه ، ولا على شيء منه ، وأنه مستحق للصدقة ، على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار إليه ، المتصل أوله بآخر كتابي هذا ، المؤرخ بكذا . وإن كان في إثبات دين كسب : وأنه استحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني - ويرفع في نسبه ، ويصفه بما يتميز به - من الدين كذا وكذا ، ذبنا عليه حالاً ، وحققاً واجباً لازماً ، وأنه يستحق مطالبة ٣٦/١١ واستيفاءه منه . وإن كان / في إثبات عيني ، كتب : وأنه مالك لما في يد فلان من الشيء الفلاني - ويصفه صفة يتميز بها - مستحق لأخذه وتسليمه ^(٢٦) ، على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابي هذا ، المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران :

(٢٤-٢٤) ق م : هذا الكتاب .

(٢٥-٢٥) ق م : بمكان .

(٢٦) في الأصل : وسلمه .

إِنَّهُمَا بِمَا شَهِدَا بِهِ عَالِمَان ، وَلَهُ مُحَقِّقَان ، وَإِنَّهُمَا لَا يَعْلَمَان خِلَافَ مَا شَهِدَا بِهِ إِلَى حِينٍ أَقَامَا الشَّهَادَةَ عِنْدِي ، فَأَمَضْنِيَتْ مَائِنَتْ عِنْدِي مِنْ ذَلِكَ ، وَحَكَمْتُ بِمُوجِبِهِ بِسُؤَالِ مَنْ جَازَتْ مَسْأَلَتُهُ ، وَسَلَّأَنِي مَنْ جَازَ سُؤَالُهُ ، وَسَوَّغَتِ الشَّرِيعَةُ الْمُطَهَّرَةُ لِجَابَتِهِ الْمَكَاتِبَةَ بِذَلِكَ إِلَى الْقَضَاةِ وَالْحُكَّامِ ، فَأَجَبْتُهُ ^(٢٧) إِلَى مُلْتَمَسِهِ ؛ لِحَوَازِهِ لَهُ شَرْعًا ، وَتَقَدُّمْتُ بِهِذَا الْكِتَابِ فَكُتِبَ ، وَبِالْصَّاقِ الْمَحْضَرِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ فَأَلْصِقُ ، فَمَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ ^(٢٨) مِنْهُمْ ، وَتَأَمَّلَ مَا ذَكَرْتُهُ ، وَتَصَفَّحَ مَا سَطَّرْتُهُ ، وَاعْتَمَدَ فِي إِنْفَاذِهِ وَالْعَمَلِ بِمُوجِبِ مَا يُوجِبُهُ الشَّرْعُ الْمُعْطَاهُ ، أَعَزَّ مِنْ الْأَجْرِ أَجْزَلُهُ . وَكُتِبَ مِنْ مَجْلِسِ الْحُكَمِ الْمَحْرُوسِ ، مِنْ مَكَانٍ كَذَا ، فِي وَقْتٍ كَذَا . وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَذْكُرَ الْقَاضِي اسْمَهُ فِي الْعُنْوَانِ ، وَلَا ذِكْرُ اسْمِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ فِي بَاطِنِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَهُ ، فَلَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَ لَيْسَ إِلَيْهِ ، وَلَا يَكْفِي ذِكْرُ اسْمِهِ فِي الْعُنْوَانِ دُونَ بَاطِنِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَقَعْ عَلَى وَجْهِ الْمُخَاطَبَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُعَوَّلَ فِيهِ عَلَى شَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْقَاضِي الْكَاتِبِ بِالْحُكْمِ ، وَذَلِكَ لَا يَقْدَحُ فِيهَا ^(٢٩) ، وَلَوْ ضَاعَ الْكِتَابُ أَوْ ائْتَمَحَى ، سُمِعَتْ شَهَادَتُهُمَا ، وَحُكِمَ بِهَا .

١٨٧٥ - مسألة ، قال : (وَلَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ يَقُولَانِ : قَرَأَهُ عَلَيْنَا ، أَوْ قُرِئَ عَلَيْهِ بِحَضْرَتِنَا ، فَقَالَ : أَشْهَدُ عَلَى أَنَّهُ كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ)

وجملته أنه يشترط لقبول كتاب القاضي شروط ثلاثة ؛ أحدها ، أن يشهده شاهداً عَدْلَانِ ، وَلَا يَكْفِي مَعْرِفَةُ الْمَكْتُوبِ / إِلَيْهِ خَطُّ الْكَاتِبِ ، وَخَتْمُهُ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ قَبُولُهُ بِذَلِكَ ، فِي قَوْلِ أَئِمَّةِ الْفَتَاوَى . وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَسُؤَالِ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : إِذَا كَانَ يَعْرِفُ خَطَّهُ وَخَتْمَهُ ، قَبْلَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي نُورٍ ، وَالْإِسْطَخْرِيِّ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُهُ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْوَصِيَّةِ إِذَا وَجَدْتَ بِخَطِّهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَحْصُلُ بِهِ غَلْبَةُ الظَّنِّ ، فَأَشْبَهَ شَهَادَةَ

(٢٧) ق ب ، م : فَأُوجِبُهُ .

(٢٨) ق م : عَلَيْهِ .

(٢٩) سقط من : الْأَصْلُ ، ب .

الشَّاهِدَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا امْكَنَ اثْبَاتُهُ بِالشَّهَادَةِ ، لَمْ يَجْزِ الْاِقْتِصَارُ فِيهِ عَلَى الظَّاهِرِ ، كِاثِبَاتِ
 الْعُقُودِ ؛ وَلَأنَّ الْخَطَّ يُشْبِهُ الْخَطَّ ، وَالخَتْمَ يُمَكِّنُ التَّرْوِيرَ عَلَيْهِ ، وَيُمَكِّنُ الرَّجُوعَ إِلَى
 الشَّهَادَةِ ، فَلَمْ يُعَوَّلْ عَلَى الْخَطِّ ، كَالشَّاهِدِ لَا يُعَوَّلُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ ، وَفِي هَذَا
 الْفَصْلِ عَمَّا ذَكَرُوهُ . إِذَا بَيَّنَّا هَذَا ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ إِذَا كَتَبَ الْكِتَابَ ، دَعَا رَجُلَيْنِ يَخْرُجَانِ إِلَى
 الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ، فَيَقْرَأُ عَلَيْهِمَا ^(١) الْكِتَابَ ، أَوْ يَقْرَأُهُ غَيْرُهُ عَلَيْهِمَا ،
 وَالْأَخُوطُ أَنْ يَنْظُرَا مَعَهُ فِيمَا يَقْرَأُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَنْظُرَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَقَرُّ إِلَّا ثِقَةً ، فَإِذَا قُرِئَ
 عَلَيْهِمَا قَالَا : أَشْهَدَا ^(٢) عَلَيَّ أَنْ هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ . وَإِنْ قَالَ : أَشْهَدَا عَلَيَّ بِمَا فِيهِ . كَانَ أَزْكَى ،
 وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ : هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ . فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ
 يُحْمَلُهُمَا الشَّهَادَةُ ، فَاعْتَبِرْ فِيهِ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدَا عَلَيَّ . كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَقَالَ
 الْقَاضِي : يُجْزَى . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . ثُمَّ إِنْ كَانَ مَا فِي الْكِتَابِ قَلِيلًا ، اعْتَمَدَا ^(٣) عَلَى
 حِفْظِهِ ، وَإِنْ كَثُرَ فَلَمْ يَقْدِرَا عَلَى حِفْظِهِ ، كَتَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونَهُ ، وَقَابَلَ بِهَا لَتَكُونَ
 مَعَهُ ، يَذْكُرُ بِهَا مَا يَشْهَدُ بِهِ ، وَيَقْبِضَانِ ^(٤) الْكِتَابَ قَبْلَ أَنْ يَغِيَا ؛ لِئَلَّا يَذْفَعَ إِلَيْهِمَا غَيْرُهُ ، فَإِذَا
 وَصَلَ الْكِتَابُ مَعَهُمَا إِلَيْهِ ، قَرَأَهُ الْحَاكِمُ أَوْ غَيْرُهُ عَلَيْهِمَا ، فَإِذَا سَمِعَاهُ قَالَا : نَشْهَدُ أَنْ هَذَا
 كِتَابُ فُلَانٍ الْقَاضِي إِلَيْكَ ، أَشْهَدْنَا عَلَى نَفْسِهِ بِمَا فِيهِ . لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ / كِتَابُهُ غَيْرَ الَّذِي
 أَشْهَدَ هُمَا عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَلَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يَقُولَا : نَشْهَدُ أَنْ هَذَا كِتَابُ فُلَانٍ . لِأَنَّهَا
 أَدَاءُ شَهَادَةٍ ، فَلَا بُدَّ فِيهَا مِنْ لَفْظِ الشَّهَادَةِ . وَيَجِبُ أَنْ يَقُولَا : مِنْ عَمَلِهِ . لِأَنَّ الْكِتَابَ لَا يُقْبَلُ
 إِلَّا إِذَا وَصَلَ مِنْ مَجْلِسِ عَمَلِهِ . وَسَوَاءٌ وَصَلَ الْكِتَابُ مَحْتَمًا أَوْ غَيْرَ مَحْتَمٍ ، مَقْبُولًا أَوْ غَيْرَ
 مَقْبُولٍ ؛ لِأَنَّ الْأَعْتِمَادَ عَلَى شَهَادَتِهِمَا ، لَا عَلَى الْخَطِّ وَالْخَتْمِ . فَإِنْ امْتَحَنَ الْكِتَابَ ، وَكَانَا
 يَحْفَظَانِ مَا فِيهِ ، جَازَ لهُمَا أَنْ يَشْهَدَا بِذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَحْفَظَا مَا فِيهِ ، لَمْ تُمَكِّنْهُمَا الشَّهَادَةُ .
 وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : لَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ حَتَّى يَشْهَدَا شَاهِدَانِ عَلَى خَتْمِ الْقَاضِي . وَلَنَا ،
 أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ كِتَابًا إِلَى قَيْصَرَ ، وَلَمْ يَخْتِمْهُ ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّهُ لَا يَقْرَأُ كِتَابًا غَيْرَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « أَشْهَدَا » .

(٣) فِي ب ، م : « اعْتَمَدَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، « : وَيَقْبِضَانِ » .

مَحْتُومٌ . فَأَتَّخَذَ الْخَاتَمَ ^(٥) . وَاقْتَصَارُهُ عَلَى الْكِتَابِ دُونَ الْخَتَمِ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْخَتَمَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْقَبُولِ ، وَإِنَّمَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ لِيَقْرَأُوا كِتَابَهُ ، وَلَأَنَّهُمَا شَهِدَا بِمَا فِي الْكِتَابِ وَعَرَفَا مَا فِيهِ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَمَا لَوْ وُصِّلَ مَحْتُومًا وَشَهِدَا بِالْخَتَمِ . إِذَا بَيَّنَّ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ ضَبْطُهُمَا لِمَعْنَى الْكِتَابِ ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُكْمُ . قَالَ الْأَثَرِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنْ قَوْمٍ شَهِدُوا عَلَى صَحِيفَةٍ ، وَبَعْضُهُمْ يَنْظُرُ فِيهَا ، وَبَعْضُهُمْ لَا يَنْظُرُ ؟ قَالَ : إِذَا حَفِظَ فَلَيْسَ شَهِدًا . قِيلَ : كَيْفَ يَحْفَظُ ، وَهُوَ كَلَامٌ كَثِيرٌ ؟ قَالَ : يَحْفَظُ مَا كَانَ عَلَيْهِ الْكَلَامُ وَالْوَضْعُ . قُلْتُ : يَحْفَظُ الْمَعْنَى ؟ قَالَ : نَعَمْ . قِيلَ لَهُ : وَالْحُدُودُ وَالْثَمَنُ وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَلَوْ أَدْرَجَ الْكِتَابَ وَخَتَمَهُ ، وَقَالَ ^(٦) : هَذَا كِتَابِي ، أَشَهِدُ ^(٧) عَلَى بِمَا فِيهِ . أَوْ قَالَ ^(٨) : أَشَهِدُ كَمَا عَلَى نَفْسِي بِمَا فِيهِ . لَمْ يَصِحَّ هَذَا التَّحْمِيلُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِذَا خَتَمَهُ بِخَتَمِهِ وَعَتَرَانِهِ ، جَازَ أَنْ يَتَحَمَّلَا ^(٩) الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ مُدْرَجًا ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابَ شَهِدَا عَنْدَهُ أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ هَذَا ؛ / لَأَنَّهُمَا شَهِدَا بِمَا فِي الْكِتَابِ ، فَجَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَا ^(١٠) تَفْصِيلَهُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا ^(١١) بِمَا فِي هَذَا الْكِيسِ مِنَ الدَّرَاهِمِ ، جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا ^(١٢) ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَا قَدْرَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا شَهِدَا بِمَجْهُولٍ لَا يَعْلَمَانِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ شَهَادَتُهُمَا ، كَمَا لَوْ شَهِدَا أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ مَالًا . وَفَارَقَ مَا ذَكَرَهُ ، فَإِنْ تَغَيَّنَتْ الدَّرَاهِمُ الَّتِي فِي الْكِيسِ أَغْنَى عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهَا ، وَهَهُنَا الشَّهَادَةُ عَلَى مَا فِي الْكِتَابِ دُونَ الْكِتَابِ ، وَهَذَا لَا يَعْرِفَانِهِ . الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ يَكْتُبَهُ الْقَاضِي مِنْ مَوْضِعِ وَلَا يَتَّهِ وَغَيْرِهِ ^(١٣) ، فَإِنْ كَتَبَهُ مِنْ غَيْرِ وَلَا يَتَّهِ ، لَمْ يَصَحَّ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسُوغُ لَهُ فِي غَيْرِ وَلَا يَتَّهِ حُكْمٌ ، فَهُوَ فِيهِ

٣٨/١١

(٥) انظر : ما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في اتخاذ الخاتم ، من كتاب الخاتم . سنن أبي داود ٤٠٥/٢ .

(٦) سقطت الواو من : م .

(٧) في الأصل : « اشهدوا » .

(٨) في ب ، م : « قد » .

(٩) في الأصل : « يتحمل » .

(١٠) في ب ، م : « يعلما » .

(١١) في م زيادة : « لرجل » .

(١٢) في م : « الشهادة » .

(١٣) في م : « وحكمه » .

كالعائى . الشرط الثالث ، أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه في موضع ولايته ، فإن وصله في غيره ، لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته . ولو ترفع إليه خصمان في غير موضع ولايته ، لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته ، إلا أن يتراضيا به ، فيكون حكمه حكم غير القاضى إذا تراضيا به ، وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا . ولو ترفع إليه خصمان ، وهو في موضع ولايته ، من غير أهل ولايته ، كان له الحكم بينهما ؛ لأن الاعتيار بموضعيهما ، إلا أن يأذن الإمام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ، ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن فيه ومنع منه ؛ لأن الولاية بتوليته ، فيكون الحكم على وفقها .

فصل : في تغيير حال القاضى . ولا تخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب إليه ، أو حالهما معا ، فإن تغيرت حال الكاتب ، بموت أو عزل ، بعد أن كتب الكتاب ، وأشهد على نفسه ، لم يقدح في كتابه ، وكان على من وصله الكتاب قبوله ، والعمل به ، سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده ، أو بعده . وهذا قال الشافعى . وقال ٣٨/١١ أبو حنيفة : لا يعمل به في الحالين . وقال / أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده ، لم يعمل به ، وإن مات بعد خروجه من يده ، عمل به ؛ لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة ^(١) على الشهادة ^(٢) ، لأنه يتقبل شهادة شاهدي الأصل ، فإذا مات قبل وصول الكتاب ، صار بمنزلة موت شاهدي الفرع قبل أداء شهادتهما . ولنا ، أن المعول في الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان ، فيجب أن يقبل كتابه ، كالم يموت ، ولأن كتابه إن كان فيما حكم به ، فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وإن كان فيما ثبت ^(٣) عنده بشهادة ، فهو أصل ، واللذان شهدا عليه فرع ، ولا يبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل ، وما ذكروه حجة عليهم ؛ لأن الحاكم قد شهد على نفسه ، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه ، وهما حيان ، وهما شاهدان الفرع ، وليس موته مانعا من شهادتهما ، فلا يمنع قبولها ، كموت شاهدي الأصل . وإن تغيرت حاله

(١٤-١٤) سقط من : ب .

(١٥) في الأصل : هـ ثبت .

يفسق قبل الحكم بكتابه ، لم يجر الحكم به ؛ لأن حكمه بعد فسقه لا يصح ، فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ، ولأن بقاء عدالة شاهدي الأصل شرط في صحة الحكم بشاهدي الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم ؛ لأنه بمنزلة شاهدي الأصل . وإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير ، كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه ، فإنه لا يتقص ما مضى من أحكامه ، كهذا ههنا . وأما إن تغيرت حال المكتوب إليه بأي حال كان ؛ من موت ، أو عزل ، أو فسق ، فلمن وصل إليه الكتاب ممن قام مقامه ، قبول الكتاب ، والعمل به . وبه قال الحسن . حكى عنه أن قاضي الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضي البصرة ^(١٦) كتابا ، فوصل وقد عزل ، وورثي الحسن ، فعمل به ^(١٧) . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يعمل به ؛ لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب إليه ، وإذا شهد شاهدان عند قاضي ، لم يحكم بشهادتهما غيره . ولنا ، أن المعول على شهادة الشاهدين ، بحكم الأول ، أو ثبوت الشهادة عنده ، وقد شهد عند الثاني ، فوجب أن يقبل كالأول . وقولهم : إنه شهادة عند الذي مات . ليس بصحيح ؛ فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع ، ولو كان فرعاً لم يقبل وحده ، وإنما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه ، وقد أدبا الشهادة عند المتجدد ^(١٨) ، ولو ضاع الكتاب ، فشهد بذلك عند الحاكم المكتوب إليه ، قبل ، فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب ، وقياس ما ذكرناه ، أن الشاهدين لو حملا الكتاب إلى غير المكتوب إليه في حال حياته ، وشهدا عنده ، عمل به ؛ لعمائته . وإن كان المكتوب إليه خليفة للكاتب ، فمات الكاتب ، أو عزل ، أو عزل المكتوب إليه ؛ لأنه نائب عنه ، فيتعزل ^(١٩) بعزله وموته ، كوكلائه ^(٢٠) . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يتعزل خليفته ، كما لا يتعزل القاضي الأصلي بموت الإمام ، ولا عزله . ولنا ، ما ذكرناه ، وبغارق الإمام ؛ لأن الإمام يعقد القضاء والإمرة للمسلمين ،

٣٩/١١

(١٦) في م نهادة : : كتب .

(١٧) الخيزل : أخبار القضاة ، لوكيع ٨/٢ .

(١٨) في الأصل : : المجدد .

(١٩) في الأصل : : فيعزل .

(٢٠) في ب ، م : : كوكلائه .

فلا^(١) يَظَلُّ ما عَقَدَهُ لغيره ، كما لو ماتَ الزَّوْجُ في النِّكَاحِ ، لم يَظَلِّ النِّكَاحُ ، ولهذا ليسَ للإمام أن يَعرِزَ القاضِيَ من غير تَغْيِيرِ حاله ، ولا يَعرِزَ إذا عَزَلَهُ ، بخلاف نائِبِ الحاكم ، فإنه تَتَعَيَّدُ وإِلَيْتِهِ لِنَفْسِهِ نائِبًا عنه ، فَمَلَكَ عَزْلُهُ ، ولأنَّ القاضِيَ لو انْعَزَلَ بِمَوْتِ الإمام ، لَدَخَلَ الضَّرَرُ على المسلمين ؛ لِأَنَّهُ يُفَضَّى إلى عَزْلِ القُضَاةِ في جميع بلادِ المسلمين ، وتَتَعَطَّلُ الأحكامُ ، وإذا ثبتَ أَنَّهُ^(٢) يَعرِزُ ، فليسَ له قَبُولُ الكتابِ ؛ لِأَنَّهُ حينئذٍ ليسَ بقاضٍ .

١٨٧٦ - مسألة : قال : (وَلَا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ عَنْ أَعْجَمِيٍّ حَاكِمٍ^(١) إِلَيْهِ ، إِذَا لَمْ يَعرِفْ لِسَانَهُ ، إِلَّا مِنْ عَدَلَيْنِ يَعرِفَانِ لِسَانَهُ)

٣٩/١١ وجملة / أَنَّهُ إِذَا حَاكَمَ إِلَى القاضِي العَرَبِيِّ أَعْجَمِيَّانِ ، لَا يَعرِفُ لِسَانَهُمَا ، أَوْ أَعْجَمِيٍّ وَعَرَبِيٍّ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مُتَرَجِّمٍ عَنْهُمَا . وَلَا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ عَدَلَيْنِ . وهذا قال الشافعي . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أَنَّهُا تُقْبَلُ مِنْ وَاحِدٍ . وهو اختيارُ أبي بكرٍ عبيد العزيز ، وابنِ المُنْذِرِ ، وقولُ أبي حنيفة . وقال ابنُ المُنْذِرِ ، في حديثِ زيد بن ثابت ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَتَعَلَّمَ كِتَابَ يَهُودٍ . قال : فَكُنْتُ أَكْتُبُ لَهُ إِذَا كُتِبَ إِلَيْهِمْ ، وَأَقْرَأُهُ إِذَا كُتِبُوا^(٢) . وَلأنَّهُ مِمَّا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى لَفْظِ الشَّهَادَةِ ، فَأَجْزَأُ فِيهِ الْوَاحِدُ ، كَأَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ . وَلنا ، أَنَّهُ نَقُلُ ما خَفِيَ عَلَى الحاكمِ إِلَيْهِ ، فيما يَتَعَلَّقُ بِالْمُتَخَصِّصَيْنِ ، فَوَجِبَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كالشَّهَادَةِ ، وَيُفَارِقُ أَخْبَارَ الدِّيَانَاتِ ؛ فَإِنَّهَا^(٣) لَا تَتَعَلَّقُ بِالْمُتَخَصِّصَيْنِ ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، وَلأنَّ ما لَا يَفْهَمُهُ الحاكمُ وَجُودَهُ عِنْدَهُ كَغَيْبَتِهِ^(٤) ، فَإِذَا تَرَجَّمَ لَهُ ، كَانَ كَقَبْلِ الإِقْرَارِ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مَجْلِسِهِ ، وَلَا يُقْبَلُ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ شَاهِدَيْنِ ، كَذَا هُنَا . فعلى

(١) في ب ، م : : فلم .

(٢) في م زيادة : : لا .

(٣) في م : : حاكم .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب ترجمة الحاكم ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٩٤/٩ .

(٥) في الأصل ، ا : : لأنها .

(٦) في م : : كلمته .

هذه الرواية ، تكون الترجمة شهادة فتفتقر^(٥) إلى العدد والعدالة ، ويُعتبر فيها من^(٦) الشروط ما يُعتبر في الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان مما يعلّق بالحدود والقصاص ، اعتبر فيه الحرية ، ولم يكف إلا شاهدان ذكران . وإن كان مالا^(٧) كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم يُعتبر الحرية فيه . وإن كان في حد زنى ، حُرّج في الترجمة فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يكفى فيه أقل من أربعة رجال أحرار عُذول . والثاني ، يكفى فيه اثنان ؛ بناءً على الروايتين في الشهادة على الإقرار به^(٨) ، ويُعتبر فيه لفظ الشهادة ؛ لأنه شهادة . وإن قلنا : يكفى فيه واحد . فلا بُد من عدالته ، ولا تُقبل من كافر ولا فاسق . ويُقبل من العبد ؛ لأنه / من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تُقبل من العبد ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة . ولنا ، أنه خبر يكفى فيه قول الواحد ، فيقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الذيانات ، ولأنهم أن هذه شهادة ، ولأن العبد ليس من أهل الشهادة ، ولا يُعتبر فيه لفظ الشهادة ، كالرواية . وعلى هذا الأصل ينبغي أن تُقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة ؛ لأن روايتها مقبولة .

١١/٤٠

فصل : والحكم في التعريف ، والرسالة ، والجرح والتعديل ، كالحكم في الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها . ذكره الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب . وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى^(٩) .

١٨٧٧ - مسألة ، قال : (وَإِذَا عَزَلْ ، فَقَالَ : كُنْتُ حَكَمْتُ فِي وَلايِي لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ بِحَقِّ . قِيلَ قَوْلُهُ ، وَأَمْضَى ذَلِكَ الْحَقُّ)

وهذا قال إسحاق . قال أبو الخطاب : ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ . وقول القاضي في فروع هذه المسألة يَقْتَضِي أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ هُنَا ، وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأنَّ مَنْ لَا يَمْلِكُ

(٥) في ١ ، ب ، م : « فتفتقر » .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في م : « مما لا يتعلق بها » .

(٨) انظر : المسألة ١٨٦٨ ، صفحة ٤٣ ، والمسألة ١٨٦٩ صفحة ٤٧ .

الحُكْمَ ، لَا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ بِهِ ، كَمَنْ أَقْرَبَ بَعْدَ بَيْعِهِ . ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، " (وَابْنُ الْمُنْذِرِ) ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : هُوَ بِمَنْزِلَةِ الشَّاهِدِ ، إِذَا كَانَ مَعَهُ شَاهِدٌ آخَرُ ، قِيلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُقْبَلُ إِلَّا شَاهِدَانِ سِوَاهُ ، يَشْهَدَانِ بِذَلِكَ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ لَا تُقْبَلُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ كَتَبَ إِلَى غَيْرِهِ ، ثُمَّ عَزَلَ ، وَوَصَّلَ الْكِتَابَ بَعْدَ عَزْلِهِ ، لَزِمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ قَبُولُ كِتَابِهِ بَعْدَ عَزْلِ كَاتِبِهِ ، فَكَذَلِكَ هُنَا . وَلَئِنَّهُ أَخْبَرَ بِمَا حَكَمَ بِهِ ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَيَجِبُ قَبُولُهُ ، كَحَالِ وَلَايَتِهِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ قَالَ فِي وَلَايَتِهِ : كُنْتُ حَكَمْتُ لِفُلَانٍ بِكَذَا . قِيلَ قَوْلُهُ ، سَوَاءٌ قَالَ : قَضَيْتُ عَلَيْهِ بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ . أَوْ قَالَ : سَمِعْتُ بَيِّنَتَهُ وَعَرَفْتُ عَدَالَتَهُمْ . أَوْ قَالَ : قَضَيْتُ ٤٠/١١ ط عَلَيْهِ بِكُتْلَةٍ . أَوْ قَالَ : أَقْرَبَ عِنْدِي فُلَانٌ لِفُلَانٍ بِحَقٍّ ، فَحَكَمْتُ بِهِ . وَهَذَا قَالَ / أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسُفَ . وَحُكِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ : أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ حَتَّى يَشْهَدَ مَعَهُ رَجُلٌ عَدْلٌ ^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ " (إِخْبَارٌ) " بِحَقٍّ عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، لِأَنَّهُ " (١١) " قَوْلٌ وَاحِدٌ ، كَالشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ " (١٢) " الْحُكْمَ ، فَمَلِكُ الْإِقْرَارَ بِهِ ، كَالزَّوْجِ إِذَا أَخْبَرَ بِالطَّلَاقِ ، وَالسَّيِّدُ إِذَا أَخْبَرَ بِالْعِتْقِ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ أَخْبَرَ أَنَّهُ رَأَى كَذَا وَكَذَا ، فَحَكَمَ بِهِ ، قِيلَ ، كَذَا هُنَا ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ لَا يَمْلِكُ إِثْبَاتَ مَا أَخْبَرَ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : حَكَمْتُ بِعِلْمِي ، أَوْ بِالنُّكُولِ ، أَوْ بِشَاهِدٍ وَبَيْنٍ ^(١٣) فِي الْأَمْوَالِ . فَإِنَّهُ يُقْبَلُ أَيْضًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْقَضَاءِ بِالنُّكُولِ . وَيَتَّبِعِي قَوْلُهُ : حَكَمْتُ عَلَيْهِ " (١٤) " بِعِلْمِي . عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي جَوَازِ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْحُكْمَ بِذَلِكَ ، فَلَا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَخْبَرَ بِحُكْمِهِ فِيمَا لَوْ حَكَمَ بِهِ لَتَفَدَّ حُكْمُهُ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَالصُّورِ الَّتِي تَقْدُمُ ، وَلَئِنَّهُ " (١٥) " حَاكِمٌ ، أَخْبَرَ بِحُكْمِهِ فِي وَلَايَتِهِ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَالَّذِي سَلَّمَهُ ، وَلَئِنْ

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) ق : م : عادل .

(١١-١١) ق : م : فيه إخبارا .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) ق : م : يحكم .

(١٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٥) ل : ب : ولا . و : لا . و : لا .

الحاكم إذا حكم في مسألة ، يسوغ فيها الاجتهاد ، لم يسغ نقص حكمه ، ولزم غيره إضائه ، والعمل به ، فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة ، ولا يسلم ما ذكره . وإن قال : حكمت فلان على فلان بكذا . ولم يضيف حكمه إلى بيته ولا غيرها ، وجب قبوله . وهو ظاهر مسألة الخرقى ، فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد ، وجب قبوله ، وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

فصل : وإذا أخبر القاضي بحكمه في غير موضع ولأيته ، فظاهر كلام الخرقى أن قوله مقبول ، وخبره نافذ ، لأنه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية ، فلأن يقبل مع بقائها في غير موضع ولأيته أولى . وقال القاضي : لا يقبل قوله . وقال : لو اجتمع قاضيان في غير ولايتهما ، كقاضى دمشق وقاضى مصر ، اجتمعا في بيت المقدس ، فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به ، أو شهادة ثبتت عنده ، لم يقبل أحدهما قول صاحبه ، ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر^(١٦) بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله ؛ لأنه خبر من ليس بقاضٍ في موضعه . وإن كانا جميعا في عمل أحدهما ، كأنهما اجتمعا جميعا في دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبر به قاضى مصر ؛ لأنه يخبره به^(١٧) في غير عمله . وهل يعمل قاضى مصر^(١٨) بما أخبر به قاضى دمشق إذا رجع إلى مصر ؟ فيه وجهان ؛ بناء على القاضى ، هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ؛ لأن قاضى دمشق أخبره به في عمله . ومذهب الشافعى في هذا كقول القاضى ههنا .

فصل : إذا ولى الإمام قاضيا ، ثم مات ، لم يتعزل ؛ لأن الخلفاء ، رضى الله عنهم ، ولوا حكاما في زمنهم ، فلم يتعزلوا بموتهم ، ولأن في عزله بموت الإمام ضررا على المسلمين ، فإن البلدان تتعطل من الحكام ، وتقف أحكام الناس إلى أن يؤلى الإمام الثانى حاكما ، وفيه ضرر عظيم . وكذلك لا يتعزل القاضى إذا عزل الإمام ؛ لما ذكرنا .

(١٦) لب : ٥ : صاحبه .

(١٧) لم يرد في الأصل .

(١٨) سقط من : م .

فَأَمَّا إِنْ عَزَلَهُ الْإِمَامُ الَّذِي وَلَّاهُ أَوْ غَيْرَهُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا : لَا يَتَعَزَّلُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَهُ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَمْ يَمْلِكْ عَزْلُهُ مَعَ سَدَادِ حَالِهِ ، كَمَا لَوْ عَقَدَ النُّكَاحَ عَلَى مُوَلَّيَّتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ فُسْخُهُ . وَالثَّانِي ، لَهُ عَزْلُهُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَمْرِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا عَزْلَ لَأَبَا مَرْثَمَ^(١٩) ، وَأُولَئِكَ رَجُلًا إِذَا رَأَاهُ الْفَاجِرُ فَرَّقَهُ^(٢٠) . فَعَزْلُهُ عَنْ قَضَاءِ الْبَصْرَةِ ، وَوَلَّى كَتَبَ بِنِ سُوْرٍ مَكَائِهِ^(٢١) . وَوَلَّى عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَبَا الْأَسْوَدِ ، ثُمَّ عَزَلَهُ ، فَقَالَ : لَمْ عَزَلْتَنِي ، وَمَا خُنْتُ ، وَلَا جَنَيْتُ ؟ فَقَالَ : إِنِّي رَأَيْتُكَ يَغْلُو كَلَامُكَ عَلَى الْخَصْمَيْنِ^(٢٢) . وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَزْلَ / أَمْرَائِهِ وَوَلَايَتِهِ عَلَى الْيُلْدَانِ ، فَكَذَلِكَ قَضَائِهِ . وَقَدْ كَانَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يُوَلَّى وَيَعَزِّلُ ، فَعَزَلَ شُرَحْبِيلَ بِنَ حَسَنَةَ عَنْ وَلَايَتِهِ فِي الشَّامِ ، وَوَلَّى مُعَاوِيَةَ ، فَقَالَ لَهُ شُرَحْبِيلُ : أَمِنْ جَبْنِ عَزَلْتَنِي ، أَوْ خِيَانَةٍ ؟ قَالَ : مِنْ كُلِّ لَا ، وَلَكِنْ أُرَدْتُ رَجُلًا أَقْوَى مِنْ رَجُلٍ . وَعَزَلَ خَالِدَ بِنَ الْوَلِيدِ ، وَوَلَّى أَبَا عُيَيْدَةَ . وَقَدْ كَانَ يُوَلَّى بَعْضَ الْوَلَايَةِ الْجُكُمَ مَعَ الْإِمَارَةِ ، فَوَلَّى أَبَا مُوسَى الْبَصْرَةَ قَضَاءَهَا وَإِمَارَتَهَا . ثُمَّ كَانَ يَعْزِلُهُمْ هُوَ^(٢٣) ، وَمَنْ لَمْ يَعْزِلْهُ ، عَزَلَهُ عُمَانُ بَعْدَهُ إِلَّا الْقَلِيلَ مِنْهُمْ . فَعَزَلَ الْقَاضِي أَوَّلَى ، وَيُقَارِئُ عَزْلَهُ بِمَوْتِ مَنْ وَلَّاهُ أَوْ عَزَلَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ ، وَهَهُنَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْزِلُ قَاضِيًا حَتَّى يُوَلَّى آخَرَ مَكَائِهِ ، وَهَذَا لَا يَتَعَزَّلُ الْوَالِي بِمَوْتِ الْإِمَامِ ، وَيَتَعَزَّلُ بَعَزْلِهِ . وَقَدْ ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي عَزْلِهِ بِالْمَوْتِ أَيْضًا وَجْهَيْنِ ، وَالْأَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، مَا ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا إِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْقَاضِي ؛ يَفْسُقَ ، أَوْ زَوَّالَ عَقْلٍ ، أَوْ مَرَضِيَ يَمْنَعُهُ مِنَ الْقَضَاءِ ، أَوْ اخْتَلَتْ فِيهِ بَعْضُ شُرُوطِهِ ، فَإِنَّهُ يَتَعَزَّلُ بِذَلِكَ ، وَيَتَّعِينَ عَلَى الْإِمَامِ عَزْلُهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

فصل : ولِلْإِمَامِ تَوَلِّيَةُ الْقَضَاءِ فِي بَلَدِهِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَلَّى عَمْرَ بِنَ الْخَطَّابِ الْقَضَاءَ^(٢٤) ، وَوَلَّى عَلِيًّا^(٢٥) وَمُعَاذًا^(٢٦) . وَقَالَ عُمَانُ بِنُ عَفَّانَ لِابْنِ عَمْرِ : إِنَّ أَبَاكَ قَدْ كَانَ

(١٩) هُوَ ابْنُ أَبِي سَبِيحٍ بِنِ مَحْرُشِ الْحَنْفِيِّ . انْظُرْ تَرْجُمَتَهُ فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ، لَوَكْبِ ٢٦٩/١ .

(٢٠) فَرَّقَهُ : خَالَفَهُ .

(٢١) تَقْدِمُ تَحْرِيفِهِ ، فِي : صَفْحَةِ ١٨ .

(٢٢) انْظُرْ : إِرْوَاءَ الْغَلِيلِ ٢٣٤/٨ .

(٢٣) انْظُرْ لِلذَّكَاءِ كُلِّهِ : تَارِيخُ الطَّبَرِيِّ ٦٤/٤ - ٦٩ .

(٢٤) انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ وَكْبِ ، فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ١٠٥/١ .

(٢٥) تَقْدِمُ تَحْرِيفِهِ ، فِي : صَفْحَةِ ٦ .

(٢٦) تَقْدِمُ تَحْرِيفِهِ ، فِي : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

يَقْضِي وهو خَيْرُ مَنْكَ . قال : إِنَّ أَى قَدْ كَانَ يَقْضِي ، وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، سَأَلَ عَنْهُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ ^(٢٧) . رَوَاهُ عُمَرُ بْنُ شُبَّةٍ ، فِي كِتَابِ « قَضَاةِ الْبَصَرَةِ » . وَرَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِي . قَالَ : جَاءَ حَصْمَانُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ لِي : « يَا عَمْرُو ، أَقْضِي بَيْنَهُمَا » . قُلْتُ : أَنْتَ أَوَّلِي بِذَلِكَ مِنِّي يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : « إِنْ أَصَبْتَ الْقَضَاءَ بَيْنَهُمَا ، فَلَكَ عَشْرُ حَسَنَاتٍ ، / وَإِنْ أَخْطَأْتَ ، فَلَكَ حَسَنَةٌ » ^(٢٨) . وَعَنْ عَقِبَةَ بْنِ عَامِرٍ مِثْلَهُ ^(٢٩) . وَلِأَنَّ الْإِمَامَ يَشْتَغِلُ بِأَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ مِنْ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَا يَتَفَرَّغُ لِلْقَضَاءِ بَيْنَهُمْ . فَإِذَا وَلَّى قَاضِيًا ، اسْتَحَبَّ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَخْتِاجُ إِلَى ذَلِكَ ، فَإِذَا أُذِنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ ، جَازَ لَهُ بِإِخْلَافِ تَعْلَمُهُ ، وَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ بِإِذْنِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَا نَهَاها عَنْهُ ، كَالْوَكِيلِ ، وَإِنْ أَطْلُقَ ، فَلَهُ الِاسْتِخْلَافُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِالْإِذْنِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ^(٣٠) ، كَالْوَكِيلِ . وَالْمُصْحَابُ الشَّافِعِيُّ فِي هَذَا وَجْهَانِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلُ ، أَنَّ الْقَرَضَ مِنَ الْقَضَاءِ الْفَصْلُ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ ، فَإِذَا فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ ، جَازَ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ ، وَيُقَارَقُ التَّوَكِيلُ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ يُؤَلَّى الْقَضَاءَ لِلْمُسْلِمِينَ ، لَا لِنَفْسِهِ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ ^(٣١) ، فَإِنْ اسْتَخْلَفَ فِي مَوْضِعٍ لَيْسَ لَهُ الِاسْتِخْلَافُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَمْ يُؤَلَّ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يُؤَلَّى قَاضِيًا عُمُومَ النَّظَرِ فِي خُصُوصِ الْعَمَلِ ، فَيُقْلَدُهُ النَّظَرَ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ فِي بِلَدِ بَعِيْنِهِ ، فَيُنْفِذُ حُكْمَهُ فِي مَنْ سَكَتَهُ ، وَمَنْ أَتَى إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ سُكَاْنِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ يُقْلَدَهُ خُصُوصَ النَّظَرِ فِي عُمُومِ الْعَمَلِ ، فَيَقُولُ : قَدْ ^(٣٢) جَعَلْتُ إِلَيْكَ الْحُكْمَ فِي الْمُدَايِنَاتِ خَاصَّةً ، فِي جَمِيعِ وَلَايَتِي . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ حُكْمَهُ فِي قَدْرِ الْمَالِ ، نَحْوَ أَنْ يَقُولَ :

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٨ .

(٢٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥/٤ ، والحاكم ، في : كتاب الأحكام . المستدرک ٨٨/٤ . والدارقطني ،

في : كتاب في الأفضلية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٠٣/٤ .

(٢٩) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٦ .

(٣٠) أَى : الْإِمَامُ .

(٣١) في ب ، م : التَّوَكِيلُ .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

أَحْكَمُ فِي الْمَائَةِ فَمَا دُونَهَا . فَلَا يَتَفَذَّ حُكْمُهُ فِي أَكْثَرِ مِنْهَا . وَبِجَوْرٍ أَنْ يُؤَلَّيَ عُمُومَ النَّظَرِ فِي عُمُومِ الْعَمَلِ ، وَخُصُوصَ النَّظَرِ فِي خُصُوصِ الْعَمَلِ . وَبِجَوْرٍ أَنْ يُؤَلَّيَ قَاضِيَيْنِ وَثَلَاثَةً فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ ، يَجْعَلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ عَمَلًا ، فَيُؤَلَّيَ أَحَدَهُمْ عَقُودَ الْأَنْكِحَةِ ، وَالْآخَرَ الْحُكْمَ فِي الْمُدَايِنَاتِ ، وَالْآخِرَ النَّظَرَ فِي الْعَقَارَاتِ^(٣٣) . وَبِجَوْرٍ أَنْ يُؤَلَّيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عُمُومَ النَّظَرِ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ نَوَاحِي الْبَلَدِ ، فَإِنْ قَلَّدَ قَاضِيَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ عَمَلًا وَاحِدًا ، فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى إِقَافِ الْحُكْمِ وَالْخُصُومَاتِ ، لِأَنَّهُمَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْاجْتِهَادِ ، وَيَرَى أَحَدُهُمَا مَا لَا يَرَى الْآخَرُ . وَالْآخَرُ ، يَجُوزُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَهُوَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ فِي الْبَلَدَةِ الَّتِي هُوَ فِيهَا ، فَيَكُونُ فِيهَا قَاضِيَانِ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ فِيهَا قَاضِيَانِ أَصْلِيَانِ ، وَلَئِنْ عَرَضَ فَضَّلَ الْخُصُومَاتِ ، وَإِلِصَالِ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ ، وَهَذَا يَخْصُلُ ، فَأَشْبَهَ الْقَاضِيَّ وَخُلَفَاءَهُ^(٣٤) . وَلَئِنْ يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ خَلِيفَتَيْنِ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَالْإِمَامُ أَوْلَى ، لِأَنَّ تَوَلِيَّتَهُ أَقْوَى . وَقَوْلُهُمْ : يُفْضَى إِلَى إِقَافِ الْأَحْكَامِ^(٣٥) . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ كُلَّ حَاكِمٍ يَحْكُمُ بِاجْتِهَادِهِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ إِلَيْهِ ، وَلَيْسَ لِلْآخِرِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ ، وَلَا تَقْضُ حُكْمِهِ فِيمَا خَالَفَ اجْتِهَادَهُ .

فصل : وَإِذَا قَالَ الْإِمَامُ : مَنْ نَظَرَ فِي الْحُكْمِ مِنْ فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، فَقَدْ وَلِّيْتُهُ . لَمْ تَنْعَقِدِ الْوِلَايَةَ لِمَنْ نَظَرَ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ عَلَى شَرْطٍ ، وَلَمْ يَعْينَ بِالْوِلَايَةِ أَحَدًا مِنْهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَنْعَقِدَ الْوِلَايَةُ لِمَنْ نَظَرَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ »^(٣٦) . فَعُلِّقَ الْوِلَايَةُ الْإِمَارَةُ عَلَى شَرْطٍ ، فَكَذَلِكَ الْوِلَايَةُ الْحُكْمُ . وَإِنْ قَالَ : زَلَيْتُ فُلَانًا وَفُلَانًا ، فَأَيُّهُمَا نَظَرَ فَهُوَ خَلِيفَتِي . اَلْعَقْدَتِ الْوِلَايَةُ لِمَنْ نَظَرَ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ عَقَّدَ الْوِلَايَةَ لِهَمَا جَمِيعًا .

(٣٣) ب ، م : : العقار .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥) ب ، م : : الحكومات .

(٣٦) تقدم تخريجه ، في : ٢٠٤/٧ .

فصل : ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه . وهذا مذهب الشافعي . ولم ^(٣٧) أعلم فيه خلافا ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ ^(٣٨) . / والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب . فإن قلده على هذا الشرط ، بطل الشرط ، وفي فساد التولية وجهان ، بناء على الشرط الفاسدة في البيع .

فصل : وإن فوض الإمام إلى إنسان تولية القضاء جاز ؛ لأنه يجوز أن يتولى ذلك ، فجاز له التوكيل فيه ، كالبيع . وإن فوض إليه اختيار قاضي ، جاز ، ولا يجوز له اختيار نفسه ، ولا والده ، ولا ولده ، كما لو وكله في الصدقة بمالي ، لم يجز له أخذه ، ولا دفعه إلى هذين . ويحتل أن ^(٣٩) يجوز له اختيارهما ، إذا كانا صالحين للولاية ؛ لأنهما يندخلان في عموم من أذن له في الاختيار منه ، مع أهليتهما ، فأشبهها الأجانب .

فصل : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه ، كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس ، جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه ، أو بعض رعيته ؛ فإن عمر حاكم أبا إلى زيد ^(٤٠) ، وحاكم رجلا عراقيا إلى شريح ^(٤١) ، وحاكم على اليهودي إلى شريح ^(٤٢) ، وحاكم عثمان طلحة إلى جبير بن مطعم ^(٤٣) ، وإن عرضت حكومة لوالديه ، أو ولده ، أو من لا تقبل شهادته له ^(٤٤) ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم ^(٤٥) ، لم يتفد حكمه . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأنه لا تقبل شهادته له ، فلم يتفد حكمه له بنفسه . والثاني ، يتفد حكمه . اختاره أبو بكر ، وهو قول أبي يوسف ، وابن المنذر ، وأبو ثور ؛ لأنه حكم لغيره ، أشبه الأجانب . وعلى القول

(٣٧) في م : د ولا .

(٣٨) سورة ص ٢٦ .

(٣٩) في ب ، م : د أنه .

(٤٠) تقدم التبرع ، في صفحة ٣٩ .

(٤١) لم نجد ، وانظر الإرواء ٢٣٩/٨ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في م زيادة : د له .

الأول، متى عَرَضَتْ لهؤلاء حكومة، حَكَمَ بينهم الإمام، أو حاكم آخر، أو بعض خلفائه، فإن كانت الخصومة بين والديه، أو ولديه، أو والده وولده، لم يجوز له الحكم ١١/٤٣ ط بينهما، على أحد الوجهين؛ لأنه لا تقبل شهادته لأحدهما على الآخر، فلم يجوز / الحكم بينهما، كما لو كان خصمه أجنبيًا. وفي الآخر، يجوز. وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأنهما^(١٤) سواء عنده، فازتفعت ثمة المثل، فأشبهها الأجنبيين.

فصل: وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكمهما بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء، فحكم بينهما، جاز ذلك، ونفذ حكمه عليهما. وهذا قال أبو حنيفة. وللشافعي قولان؛ أحدهما، لا يلزمهما حكمه إلا براضيهما؛ لأن حكمه إنما يلزم بالرضا به، ولا يكون الرضى إلا بعد المعرفة بحكمه. ولنا، ما روى أبو شريح، أن رسول الله ﷺ قال له: «إن الله هو الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟» قال: «إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي^(١٥) عليّ الفريقان. قال: «ما أحسن هذا، فمن أكبر ولدك؟» قال: «شريح. قال: «فأنت أبو شريح». أخرجه النسائي^(١٦). وروى عن النبي ﷺ أنه^(١٧) قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به، فلم يعدل بينهما، فهو ملعون^(١٨)». ولولا أن حكمه يلزمهما، لما لحقه هذا الذم^(١٩)، ولأن عمر وأبيا تحكما إلى زيد، وحاكم عمر أغرابيا إلى شريح قبل أن يوكبه، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم، ولم يكونوا قضاة. فإن قيل: فعمر وعثمان كانا إمامين، فإذا ردا الحكم إلى رجل صار قاضيا. قلنا: لم يتقل عنهما إلا الرضى بتحكيمه خاصة، وبهذا لا يصير قاضيا، وما ذكره يتطلل بما إذا رضى بتصرف وكيله، فإنه يلزمه قبل المعرفة به.

(١٤) ل ب م: «لأنها».

(١٥) ل م: «ورضى».

(١٦) ق: باب إذا حكموا رجلا ف قضى بينهم، من كتاب الأدب. المجتبى ٥٨٥/٢.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في تغير الاسم القبيح، من كتاب الأدب. سنن أبي داود ٥٨٥/٢.

(١٧) سقط من م.

(١٨) انظر: تلخيص الحبر ١٨٥/٤، حيث ذكر ابن حجر، أن ابن الجوزي ذكره في التحقيق.

(١٩) ق ب: «الرم».

إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ تَقْضُ حُكْمِهِ فِيمَا لَا يَنْقُضُ بِهِ حُكْمُ مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْحَاكِمِ تَقْضُهُ إِذَا خَالَفَ رَأْيَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَقْدٌ فِي حَقِّ الْحَاكِمِ ، فَلَمَّا فَسَخَّه ، كَالْعَقْدِ / الْمُتَوَقَّفِ فِي حَقِّهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا حُكْمٌ صَحِيحٌ لَا يَزِمُ ، فَلَمْ يَجُزْ فَسَخُّهُ لِمُخَالَفَتِهِ^(٥٠) . رَأْيَهُ ، كَحُكْمِ مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ ، وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ حُكْمَهُ لَا يَزِمُ لِلْخَصْمَيْنِ ، فَكَيْفَ يَكُونُ مُتَوَقَّفًا ؟ وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ ، لَمَلَكَ فَسَخُّهُ وَإِنْ لَمْ يُخَالَفْ رَأْيَهُ ، وَلَا نَسَلُمُ الْوُقُوفَ فِي الْعُقُودِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْخَصْمَيْنِ الرَّجُوعَ عَنْ تَحْكِيمِهِ قَبْلَ شُرُوعِهِ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِرِضَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوَرَجَعَ عَنِ التَّوَكُّلِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ . وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ شُرُوعِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَمْ يَزِمْ ، أَشْبَهَ قَبْلَ الشُّرُوعِ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِذَا رَأَى مِنَ الْحُكْمِ مَا لَا يُوَافِقُهُ ، رَجَعَ ، فَيَبْطُلُ^(٥١) الْمَقْصُودُ بِهِ .

فصل : قال القاضي : وَيَنْفُذُ حُكْمُ مَنْ حَكَّمَاهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ؛ التُّكَاخَ ، وَاللُّعَانَ ، وَالْقَذْفَ ، وَالْقِصَاصَ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ مَزِيَّةٌ عَلَى غَيْرِهَا ؛ فَاتَّخَصَّ الْإِمَامُ بِالنَّظَرِ فِيهَا ، وَنَائِبُهُ يَقُومُ مَقَامَهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَنْفُذُ حُكْمُهُ فِيهَا . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وَإِذَا كَتَبَ هَذَا الْقَاضِي بِمَا حَكَّمَهُ بِهِ كِتَابًا إِلَى قَاضٍ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ، وَتَنْفِيذُ كِتَابِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَاكِمٌ نَافِذُ الْأَحْكَامِ ، فَلَزِمَ قَبُولُ كِتَابِهِ ، كَحَاكِمِ الْإِمَامِ .

١٨٧٨ - مسألة : قال : (وَيَحْكُمُ عَلَى الْعَائِلِ ، إِذَا صَحَّ الْحَقُّ عَلَيْهِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ مَنْ ادَّعَى حَقًّا عَلَى غَائِبٍ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَطَلَبَ مِنَ الْحَاكِمِ سَمَاعَ الشَّيْخَةِ ، وَالْحُكْمَ بِهَا عَلَيْهِ ، فَعَلَى الْحَاكِمِ إِجَابَتُهُ ، إِذَا كَمَلَتِ الشَّرَاطُ . وَهَذَا قَالَ شَيْخُ الرَّمَّةِ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَسَوَّارٌ ، وَأَبُو عُيَيْدٍ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَكَانَ

(٥٠) في الأصل : « مخالفة » .

(٥١) في م : « يبطل » .

٤٤/١١ ط شَرِيح / لا يَرى القضاء على الغائب . وعن أحمد مثله . وبه قال ابنُ أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة وأصحابه . ورؤي ذلك عن القاسم ، والشعبي ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصمٌ حاضرٌ ، من وكيل^(١) أو شقيق ، جاز الحكمُ عليه . واختجوا بما روي عن النبي ﷺ ، أنه قال لعلي : « إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ ، فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الآخرِ ، فَإِنَّكَ تَذَرِي بِمَا تَقْضِي » . قال الترمذي^(٢) : هذا حديث حسن^(٣) . ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده ، فلم يجز ، كما لو كان الآخر في البلد ، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يَبْطُلُ بَيِّنَةُ ، وَيَقْدَحُ فيها ، فلم يجز الحكمُ عليه . ولنا ، أن هَذَا قَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي ؟ قَالَ : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) ، فَقَضَى عَلَيْهِ^(٥) لها ، ولم يكن حاضراً ، ولأن هذا له بَيِّنَةٌ مَسْمُوعَةٌ عَادِلَةٌ ، فجاز الحكمُ بها . كما لو كان الخصم حاضراً ، وقد وافقنا أبو حنيفة في سماع البَيِّنَةِ ، ولأن ما تَأَخَّرَ عن سؤال المدعى إذا كان حاضراً ، يُقَدَّمُ عليه إذا كان غائِباً ، كسماع البَيِّنَةِ . وأما حديثهم ، فنقول به إذا تَقَاضَى إليه رجلان ، لم يجز الحكمُ قَبْلَ سماع كلامهما ، وهذا يَقْتَضِي أن يكونا حاضِرَيْنِ ، ويُفَارِقُ الحاضرُ الغائبَ ، فَإِنَّ البَيِّنَةَ لَا تَسْمَعُ على حاضرٍ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ ، والغائبُ بخلافه . وقد ناقض أبو حنيفة أصله ، فقال : إِذَا جَاءَتْ امْرَأَةٌ فَادَّعَتْ أَنَّهَا زَوْجًا غَائِبًا ، وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ، وَتَحْتَاجُ إِلَى التَّفَقُّةِ ، فَاعْتَرَفَ لَهَا بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَقْضِي عَلَيْهِ بِالتَّفَقُّةِ ، وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى حَاضِرٍ ، أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ غَائِبٍ مَا فِيهِ شَفْعَةٌ ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً بِذَلِكَ ، حَكَمَ لَهُ بِالتَّبْيِيعِ وَالْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ ، وَلَوْ مَاتَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَحَضَرَ بَعْضُ وَرَثَتِهِ ، أَوْ حَضَرَ / وَكَيْلُ الغائبِ ، وَأَقَامَ الْمُدَّعَى بَيِّنَةً بِذَلِكَ ، حَكَمَ لَهُ بِمَا ادَّعَاهُ . إِذَا بَيَّنَّ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ قَدِمَ الْغَائِبُ

٤٥/١١ د

(١) في الأصل : « وَكَيْلُهُ » .

(٢) في : باب ما جاء في القاضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٧٢/٦ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٤٣/١٥٠ . والبيهقي ، في : باب ما يقول القاضي إذا جلس الخصمان بين يديه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٣٧/١٠ .

(٣) في الأصل ، م : زيادة : « صَحِيحٌ » . وليس في الترمذي .

(٤) تقدم نثرجه ، في : ٣٤٨/١١ .

(٥) سقط من : م .

قبل الحكم ، وقف الحكم على حضوره ، فإن جرح^(٦) الشهود ، لم يحكم عليه ، وإن استنظر الحاكم ، أجله ثلاثاً ، فإن جرحهم ، ولأحكام عليه . وإن ادعى القضاء أو الإبراء ، فكانت له بيّنة به^(٧) برئ ، ولأحلف المدعى ، وحكم له ، وإن قدم بعد الحكم ، فجرّح الشهود بأمر كان قبل الشهادة ، بطل الحكم ، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقاً ، لم يبطل الحكم ، ولم يقبل الحاكم ؛ لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم ، فلا يقدح فيه . وإن طلب التأجيل ، أجل ثلاثاً ، فإن جرحهم ، ولأنفذ الحكم . وإن ادعى القضاء ، أو الإبراء ، فكانت له به بيّنة ، ولأحلف الآخر ، ونفذ الحكم .

فصل : ولا يقضى على الغائب إلا في حقوق الآدميين ، فأما في الحدود التي لله تعالى ، فلا يقضى بها عليه ، لأنّ منابها على المساهلة والإنفاط ، فإن قامت بيّنة على غائب بسريّة مال ، حكم بالمال دون القطع .

فصل : وإذا قامت البيّنة على غائب ، أو غير مكلف ، كالصبي والمجنون ، لم يستخلف المدعى مع بيّنته ، في أشهر الروايتين ؛ لقول النبي ﷺ : « البيّنة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه »^(٨) . ولأنّها بيّنة عادلة ، فلم تجب اليمين معها ، كما لو كانت على حاضر . والرواية الثانية ، يستخلف معها . وهو قول الشافعي ؛ لأنه يجوز أن يكون استوفى ما قامت به البيّنة ، أو ملكه العين التي قامت بها البيّنة ، ولو كان حاضراً فادعى ذلك ، لوجبت اليمين ، فإذا تعذر ذلك منه لعيبته ، أو عدم تكليفه ، يجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ، ولأنّ الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الصبي والمجنون والغائب ، لأنّ كلّ واحد منهم لا يعبر عن نفسه ، وهذا / من الاحتياط .

فصل : ظاهر كلام الخرقي^(٩) ، أنّه إذا قضى على الغائب بعين ، سلّم إلى

(٦) ل ب م ، ٥ : خرج .

(٧) سقط من : م .

(٨) تقدم ترجمته في : ٥٨٧/٦ ، وانظر : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .

(٩) ل ب م : أحمد .

المُدَّعى ، وإن قضى عليه بدَّين ، ووَجَدَ له مالٌ ، وفُتِيَ منه ؛ فإنه قال ، في رواية خَرِبَ ، في رجلٍ أقامَ بَيِّنَةً أن له سَهْمًا من ضَمِيعةٍ في أيدي قومٍ ، فتَوَارَعَتْ عليهم ، يُقَسِّمُ عليهم ، شهَدُوا أو غابوا ، ويُدْفَعُ إلى هذا حَقُّه . ولأنَّه ^(١٠) ثَبَتَ ^(١١) حَقُّه بِالْبَيِّنَةِ ، فَيُسَلَّمُ إليه ، كما لو كان خَصْمُهُ حَاضِرًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُدْفَعَ إليه شيءٌ حَتَّى يُقِيمَ كَفِيلًا أَنَّهُ مَتَى حَضَرَ خَصْمُهُ ، وَأَبْطَلَ دَعْوَاهُ ، فعليه ضَمَانٌ ما أَخَذَهُ ، لئَلَّا يَأْخُذَ المُدَّعى ما حُكِمَ له به ، ثم يَأْتِي خَصْمُهُ ، فَيُبْطَلُ حُجَّتُهُ ، أو يُقِيمَ بَيِّنَةً بِالْقَضَاءِ وَالْإِبْرَاءِ ، أو تُمْلِكُ الْعَيْنُ ^(١٢) الَّتِي قَامَتْ بِهَا الْبَيِّنَةُ بَعْدَ ذَهَابِ المُدَّعى وَغَيْبَتِهِ أو مَوْتِهِ ، فَيُضَيِّعُ مالَ المُدَّعى عليه . وظاهرُ كلامِ أحمدَ الأوَّلُ ؛ فإنه قال في رجلٍ عنده دَابَّةٌ مَسْرُوقَةٌ ، فقال : هي عندي وَدِيعَةٌ ؛ إِذَا أُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُالَهُ ، تُدْفَعُ إلى الذِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ ، حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ ^(١٣) فَيُثْبِتَ .

فصل : فأما الحاضر في البلد ، أو قريب منه ، إذا لم يُمنع من الحضور ، فلا يُقضى عليه قبل حضوره . في قول أكثر أهل العلم . وقال أصحاب الشافعي ، في وجه لهم : إنه يُقضى عليه في غيبته ؛ لأنه غائبٌ ، أشبه الغائب عن البلد . ولنا ، أنه أمكن سؤاله ، فلم يَجْزِ الحُكْمُ عليه قبل سؤاله ، كحاضرٍ مجلس الحاكم ، ويُفارقُ الغائبَ البعيدَ ؛ فإنه لا يُمكنُ سؤاله ، فإن امتنع من الحضور ، أو تَوَارَى ، فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، جوازُ القضاءِ عليه ؛ لما ذَكَرْنَا عنه في رواية خَرِبَ . وَرَوَى عنه أبو طالب ، في رجلٍ وجدَ غَلامَهُ عندَ رجلٍ ، فأقامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ غَلامُهُ ، فقال الذي عنده الغلامُ : أودعني هذا رجلٌ . فقال أحمدُ : أهلُ المدينة يَقْضُونَ ^(١٤) على الغائبِ ، يقولون : إنه لهذا الذي أقامَ الْبَيِّنَةَ . وهو مذهبُ حَسَنَ ، وأهلُ البصرة يَقْضُونَ ^(١٥) على غائبٍ ، يُسمونه الإغدارَ . وهو إذا ادَّعى على رجلٍ ألفًا ، وأقامَ الْبَيِّنَةَ ، فاختفى المُدَّعى عليه ، يُرْسَلُ إلى بابِهِ ، فينادي الرَّسُولُ ثلاثًا ، فإن جاء ، وإلا فإدْعَارُ إليه . فهذا يَقْوَى قولُ أهلِ المدينة ، وهو معنى حَسَنَ . وقد ذَكَرَ

٤٦/١١

(١٠) سقطت الواو من : ب ، م .

(١١) في ب ، م : ب ثبت .

(١٢) سقط من : ب ، م .

(١٣) في الأصل : ب البينة .

(١٤-١٥) سقط من : ب . نقل نظر .

الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، أنه يُقضى على الغائب المُتَّع . وهو مذهب^(١٥) الشافعي ؛ لأنه تعدّر حضوره وسؤاله ، فجاز القضاء عليه ، كالغائب البعيد ، بل هذا أولى ؛ لأن البعيد مَعذور ، وهذا لا عُذر له . وقد ذكرنا فيما تقدّم شيئاً من هذا .

١٨٧٩ - مسألة^(١٦) ؛ قال : (وَإِذَا أُلِيتُ شَرِيكًا فِي رُبْعٍ أَوْ نَحْوِهِ ، فَسَأَلَهُ أَنْ يَقْسِمَ^(١٧) بَيْنَهُمَا ، فَسَمَهُ^(١٨) ، وَاتَّبَعَ فِي الْقَضِيَةِ بِذَلِكَ ، أَنْ قَسَمَهُ إِثَابَهُ بَيْنَهُمَا كَانَ عَنْ إِقْرَارِهِمَا ، لَا عَنْ يَتَبَّعٍ شَهِدَتْ لَهُمَا بِحُلُكِهِمَا)

الأصل في القسمة قول الله تعالى : ﴿ وَبَيْنَهُمْ أَنْ أَلْمَاءُ قَسَمَ بَيْنَهُمْ كُلَّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٍ ﴾^(١٩) وقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى ﴾^(٢٠) الآية . وقول النبي ﷺ : « الشُّعْعةُ فِيمَا لَمْ يَقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُعْعةُ »^(٢١) . وقسم النبي ﷺ خير على ثمانية عشر سَهْمًا^(٢٢) ، وكان يقسمُ الغنائم^(٢٣) . وأجمعت الأئمة على جواز القسمة ، ولأنّ بالناس حاجة إلى القسمة ؛ لِيَتَمَكَّنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ مِنْ^(٢٤) التَّصَرُّفِ عَلَى إِثَارِهِ ، وَيَتَخَلَّصَ مِنْ سُوءِ الْمُشَارَكَةِ وَكَثْرَةِ الْأَيْدِي . إذ اثبت هذا^(٢٥) فإن الشريكين في أي شيء^(٢٦) كان ، ربعاً أو غيره - والرُّبْعُ - هو العَقَارُ مِنَ الدُّورِ

(١٥) في م : قول .

(١٦) قبل هذه المسألة في م زيادة : « كتاب القسمة » . ثم يرد بعد ذلك من قوله في أول شرح المسألة : « الأصل في القسمة ... » إلى آخر قوله : « وكثرة الأيدي » . ثم تأتي مسألة مختصر الخرق .

(٢٧) في الأصل ، ب : « يقسمها » .

(٢٨) في الأصل : « قسمها » . وفي ب : « فقسمها » .

(٢٩) سورة القمر ٢٨ .

(٣٠) سورة النساء ٨ .

(٣١) تقدم ترجمته ، في ٤٣٥/٧ .

(٣٢) أخرجه أبو داود ، في باب من أسهم له سهمًا ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٦٩/٢ ، ٧٠ ، والإمام أحمد ، في المسند ٤٢٠/٣ .

(٣٣) انظر ما تقدم في ١٨٩/٤ ، ١٩٠ ، ٣١٨/٩ ، ٤٦/١٣ .

(٣٤) في الأصل : « في » .

(٣٥) في الأصل : « في شيء » .

ونحوها - إذا طلب من الحاكم أن يقسمه^(١١) بينهما ، أجابهما إليه ، وإن لم يثبت عنده^(١٢) ملكهما . وهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان عقاراً نسبوه إلى ميراث ، لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة ؛ لأن / الميراث باق على حكم ملك الميت ، فلا يقسمه^(١٣) احتياطاً للميت ،^(١٤) وأما ما عدا العقار يقسمه^(١٥) ، وإن كان ميراثاً ؛ لأنه يورث ويهلك ، وقسمته تحفظه ، وكذلك العقار الذي لا ينسب إلى الميراث . وظاهر قول الشافعي ، أنه لا يقسم ، عقاراً كان أو غيره ، ما لم يثبت ملكهما ؛ لأن قسمه بقولهم لو رفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله^(١٦) أن يجعله حكماً لهم ، ولعله يكون لغيرهم . ولنا ، أن اليد تدل على الجلب ، ولا منازع لهم ، فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم ، وانهاؤه^(١٧) ، واستجاره . وما ذكره الشافعي يندفع إذا أثبت^(١٨) في القضية أتى قسمته بينهم بإقرارهم ، لا عن بيعة شهدت لهم بملكهم ، وكل ذي حجة على حجيته . وما ذكره أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن الظاهر ملكهم ، ولا حق للميت فيه ، إلا أن يظهر عليه دين ، وما ظهر ، والأصل عدمه ، ولهذا اكتفينا به في غير العقار ، وفيما لم ينسبوه إلى الميراث .

فصل : وجوز قسمه المكيلات والموزونات ، من المطعومات وغيرها ؛ لأن جواز قسمه الأرض مع اختلافها ، يدل على جواز قسمه ما لا يختلف بطريق التنبيه^(١٩) . وسواء في ذلك الحبوب ، والثمار ، والنورة ، والأشنان ، والحديد ، والرصاص ، ونحوها^(٢٠) من الجامدات ، والعصير ، والحل ، واللبن ، والعسل ، والسمن ، والدبس ، والزيت ،

(١١) في الأصل : يقسم .

(١٢) في النسخ : عنه .

(١٣-١٤) في ب : وما عدا العقار قسمه .

(١٤) في الأصل : سنبا . وفي ب : سنها . وفي الشرح الكبير ٢١٧/٦ : سهل .

(١٥) في الأصل ، أ : وإياه .

(١٦) في الأصل ، أ : ثبت .

(١٧) في الأصل ، أ : بينة .

(١٨) في الأصل ، ب : ونحوها .

والرُّبُّ ونحوها^(١٩) من المائعات، وسواء قلنا: إنَّ القِسْمَةَ بَيْعٌ أو ^(٢٠)إِفْرَازٌ حَقٌّ ؛ لأنَّ بَيْعَهُ جائزٌ ، وإِفْرَازُهُ^(٢١) جائزٌ . فإن كان فيها أُنُوعٌ ، كحِنْطَةٍ وشَعِيرٍ ، وقَمْزٍ وَزَيْبٍ ، فطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهَا كُلُّ نَوْعٍ عَلَى حِدَّتِهِ ، أَجْبَرُ الْمُتَنَتِّعِ ، وَإِنْ طَلَبَ قِسْمَهَا^(٢٢) أَغْيَانًا بِالْقِيَمَةِ ، لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَنَتِّعُ ؛ لِأَنَّ هَذَا بَيْعٌ نَوْعٍ بِنَوْعٍ آخَرَ ، وَلَيْسَ بِقِسْمَةٍ ، فَلَمْ / يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كغَيْرِ الشَّرَاكِ . فَإِنْ تَرَضَّيَا عَلَيْهِ ، جَازَ . وَكَانَ بَيْعًا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ ، فَيُجْبَرُ التَّقَابُضُ فِيهِ ، وَسَائِرُ شُرُوطِ الْبَيْعِ .

١٧/١

فصل: فإن كان بينهما ثيابٌ ، أو حيوانٌ ، أو أَوَانٌ ، أو خَشَبٌ ، أو عُمْدٌ ، أو أَحْجَارٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَسَمَ الْغَنَائِمَ يَوْمَ بَدْرٍ ،^(٢٣) وَيَوْمَ حُنَيْنٍ^(٢٤) ، وَيَوْمَ خَيْبَرَ ، وَهِيَ تَشْتَمِلُ عَلَى أَجْناسٍ مِنَ الْمَالِ ، وَسواءُ اتَّفَقَا عَلَى قِسْمَةِ كُلِّ جِنْسٍ بَيْنَهُمَا ، أَوْ عَلَى قِسْمَتِهَا أَغْيَانًا بِالْقِيَمَةِ . وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حِدَّتِهِ ، وَطَلَبَ الْآخَرُ قِسْمَتَهُ أَغْيَانًا بِالْقِيَمَةِ ، قُدِّمَ قَوْلُ مَنْ طَلَبَ قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حِدَّتِهِ ، إِذَا امْتَكَّنَ . وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ ، وَأَبَى الْآخَرُ ، وَكَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ إِلَّا بِالْخِذْلِ عَوْضٍ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ ، أَوْ قَطْعِ ثَوْبٍ فِي قِطْعِهِ نَقْصٌ ، أَوْ كَسْرُ لِنَاءٍ^(٢٥) ، أَوْ رَدُّ عَوْضٍ ، لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَنَتِّعُ .^(٢٦) وَإِنْ امْتَكَّنَ قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حِدَّتِهِ ، مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، وَلَا رَدِّ عَوْضٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يُجْبَرُ الْمُتَنَتِّعُ^(٢٧) . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ،^(٢٨) وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ^(٢٩) : لَا أَعْرِفُ فِي هَذَا عَنْ إِمَامِنَا رَايَةً ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرُ الْمُتَنَتِّعُ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ خَيْرَانَ^(٣٠) ، مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنَّمَا يُقَسَّمُ أَغْيَانًا بِالْقِيَمَةِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ

(١٩) في الأصل : ونحوها .

(٢٠-٢١) في الأصل : إقرار بحق . ويأتي في الفصل التالي .

(٢١) في الأصل : وإفراؤه .

(٢٢) في الأصل : قسمتها .

(٢٣-٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥-٢٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٦-٢٧) في الأصل ، م : وهو قول أبي الخطاب .

(٢٧) هو أبو علي الحسين بن صالح بن خيران ، أحد أركان مذهب الشافعي ، وكان إماماً زاهداً ورعاً ، توفي سنة عشرين

وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٧١ - ٢٧٤ .

المُتَمَتِّعُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمَةِ الدُّورِ ، بَأَن يَأْخُذَ هَذَا دَارًا وَهَذَا دَارًا وَهَذَا دَارًا ،
وَالْجِنْسَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْجِنْسَ الْوَاحِدَ كَالدَّارِ الْوَاحِدَةِ ، وَلَيْسَ
اِخْتِلَافُ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ فِي الْقِيَمَةِ بِأَكْثَرٍ مِنْ اِخْتِلَافِ قِيَمَةِ الدَّارِ الْكَبِيرَةِ وَالْقَرْيَةِ الْعَظِيمَةِ ،
فَإِنَّ أَرْضَ الْقَرْيَةِ تَخْتَلِفُ ، سَبَبًا^(٢٨) إِذَا كَانَتْ ذَاتَ أَشْجَارٍ مُخْتَلِفَةٍ ، وَأَرْضُ مُتَنَوِّعَةٍ ،
وَالدَّارُ ذَاتُ بُيُوتٍ وَاسِعَةٍ وَضِيقَةٍ ، وَحَدِيثَةٍ وَقَدِيمَةٍ ، ثُمَّ هَذَا الْاِخْتِلَافُ لَمْ يَمْنَعْ الْإِجْبَارَ عَلَى
الْقِسْمَةِ ، كَذَلِكَ الْجِنْسُ الْوَاحِدُ ، وَفَارَقَ / الدُّورَ ؛ فَإِنَّهُ أَمَكَّنَ قِسْمَةَ كُلِّ دَارٍ عَلَى
حَدِّهَا ، وَهُنَا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَةَ كُلِّ بُيُوتٍ مِنْهَا أَوْ إِنَاءٍ عَلَى حَدِّهِ ، وَإِنْ كَانَتْ الثِّيَابُ
أَنْوَاعًا ؛ كَالْحَرِيرِ ، وَالْقُطُنِ ، وَالْكَتَّانِ ، فَهِيَ كَالْأَجْناسِ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَمْوَالِ . وَالْحَيَوَانُ
كَكَثِيرِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ ، وَيُقَسَّمُ النَّوْعُ الْوَاحِدُ مِنْهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ وَعَمَّادُ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُقَسَّمُ الرَّقِيقُ قِسْمَةَ إِبْرَارٍ ؛ لِأَنَّهُ تَخْتَلِفُ مَنَافِعُهُ ، وَيُقَصَّدُ مِنْهُ الْعَقْلُ
وَالذِّينُ وَالْفِطَنَةُ ، وَذَلِكَ لَا يَقَعُ فِيهِ التَّعْدِيلُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَزَأَ الْعَبِيدَ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمُ
الْأَنْصَارِيُّ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ^(٢٩) . وَلَئِنْ نَوَّعَ حَيَوَانٌ يَدْخُلُهُ الثَّقَوِيُّمُ ، فَجَازَتْ
قِسْمَتُهُ ، كَسَائِرِ الْحَيَوَانِ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(٣٠) غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَجْمَعُ ذَلِكَ ، وَتُعَدُّهُ
كَسَائِرِ الْأَشْيَاءِ الْمُخْتَلِفَةِ .

**فصل : وَالْقِسْمَةُ إِفْرَازًا^(٣١) حَقٌّ ، وَتَمْيِيزُ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ عَنِ^(٣٢) الْآخَرِ ، وَلَيْسَتْ
بَيْعًا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ فِي الْآخَرِ : هِيَ بَيْعٌ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ
بَطَّةَ ؛ لِأَنَّهُ يُبَدِّلُ نَصِيبَهُ مِنْ أَحَدِ السَّهْمَيْنِ بِنَصِيبِ صَاحِبِهِ مِنَ السَّهْمِ الْآخَرِ ، وَهَذَا حَقِيقَةُ
الْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَا تَقْتَفِرُ إِلَى لَفْظِ التَّمْلِيكِ ، وَلَا تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ ، وَبِذَلِكَ الْإِجْبَارُ ،
وَلَزُمَ بِإِخْرَاجِ الْقُرْعَةِ ، وَيَتَقَدَّرُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ بِقَدْرِ الْآخَرِ ، وَالبَيْعُ لَا يَجُوزُ فِيهِ شَيْءٌ^(٣٣) مِنْ**

(٢٨) ف : م : ١ : سِر : خطأ .

(٢٩) تقدم غريبه ، ف : ٣٩٥/٨ ، ويضاف إليه : وأُخرج ابن ماجه ، ف : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب
الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٦/٢ .

(٣٠) ف : الأصل : ١ : ذكره .

(٣١) ف : الأصل : ١ : إقرار .

(٣٢) ف : ب : م : ١ : من .

(٣٣) ف : الأصل : م : ٥ : شيئا .

ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً ، كسائر العقود ، وفائدة الخلاف ، أنها إذا لم تكن بيعاً ، جازت قسمة الثمار خرصاً^(٣٤) ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلاً ، والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع ، ولا يحسن إذا حلف لا يبيع بها ، وإذا كان العقار أو نصفه وقفاً ، جازت القسمة ، وإن قلنا : هي بيع . انعكست هذه الأحكام ، هذا إذا حلت من الرّد ، فإن كان / فيها ردّ عوض ، فهي بيع ؛ لأن صاحب الرّد يبدّل المال عوضاً عما يحصل^(٣٥) له من مال شريكه ، وهذا هو البيع . فإن فعلاً ذلك في وقف ، لم يجز ؛ لأن بيعه غير جائز ، وإن كان بعضه وقفاً ، وبعضه طلقاً ، والرّد من صاحب الطلق ، لم يجز ؛ لأنه يشتري بعض الوقف ، وإن كان من أهل الوقف ، جاز ؛ لأنهم يشترون بعض الطلق ، وذلك جائز .

و ٤٨/١١

فصل : وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعاً ، ولا تقبل إذا كان بأجرة . وهذا قال الأصمطي . وقال أبو حنيفة : تقبل ، وإن كان بأجرة ؛ لأنه لا يلحقه ثمّة ، فقبل قوله ، كالمرضعة . وقال الشافعي : لا تقبل ؛ لأنه شهد على فعل نفسه الذي يوجب تعديله ، فلم تقبل ، كشهادة القاضي المعزول على حكمه . ولنا ، أنه شهد بما لا نفع له فيه ، فقبل ، كالاجنبي . وإذا كان بأجرة ، لم يقبل ؛ لأنه متهم ، لكونه يوجب الأجرة لنفسه^(٣٦) ، وهذا نفع ، فتكون شهادته لنفسه^(٣٧) . وقول الشافعي : إنه يوجب تعديله . ممنوع ، ولا نسلم لهم ما ذكروه في الحكم^(٣٨)

١٨٨٠ - مسألة : قال : (وَلَوْ سَأَلَ أَحَدُهُمَا شَرِيكَهُ مَقَاسَمَتَهُ ، فَاَمْتَنَعَ ، أُجِبَ بِهَ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، إِذَا ثَبَتَ^(١) عِنْدَهُ مِلْكُهُمَا ، وَكَانَ مِثْلُهُ يَنْقَسِمُ وَيَنْتَفِعَانِ بِهِ مَقْسُومًا)

(٣٤) في النسخ : خرصاً . والخرص : التقدير .

(٣٥) في الأصل ، ١ : ١ : جملة . و ١ : ١ : حصل .

(٣٦) - (٣٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٧) في ب : الحاكم .

(١) في ب ، م : أثبت .

أما إذا طلب أحدهما القسمة ، فامتنع الآخر ، لم يخل من حالين ؛ أحدهما ؛ يُجبر الممتنع على القسمة ، وذلك إذا اجتمع ثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن يثبت عند الحاكم ملكهما ببيّنة ؛ لأنّ في الإيجاب على القسمة حكماً على الممتنع منهما ، فلا يثبت إلا بما ثبت^(٢) به الملك لحضيمه ، بخلاف حالة الرضى ؛ فإنه لا يحكم على أحدهما ، إنما يقسم بقولهما ورضاها . الشرط الثاني ، أن لا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر ، لم يَجِبِ الممتنع ؛ لقول النبي ﷺ : « لَا ضَرَرٌ ، وَلَا إِضْرَارٌ »^(٣) . رواه ابن ماجه ، / ٤٨/١١ ط
ورواه مالك ، في «موطئه» مرسلاً^(٤) ، وفي لفظ ، أن رسول الله ﷺ قضى ، أن لا ضرر ولا إضرار^(٥) . الشرط الثالث ، أن يُمكن تعديّل السهام من غير شيء يُجعل معها ، فإن لم يُمكن ذلك ، لم يُجبر الممتنع ؛ لأنها تصير بيعاً ، والبيع لا يُجبر عليه أحد المتبايعين ، ومثّل ذلك ، أرض قيمتها مائة ، فيها شجرة أو بئر تساوي مائتين ، فإذا جعلت الأرض سهماً^(٦) ، كانت الثلث ، فيحتاج أن يُجعل معها خمسون^(٧) يردّها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة ، ليكونا نصفين متساويين ، فهذه فيها بيع ، ألا ترى أن أخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن^(٨) الذي أخذّه ، والبيع لا يُجبر^(٩) عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(١٠) . فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة ، أُجبر الممتنع منهما على القسمة ؛ لأنها تتضمن إزالة ضرر الشراكة عنهما ، وحصول النفع لهما ، لأن نصيب كلّ واحد منهما إذا تمّيز ، كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويتمكّن من إحداث الفراس والبناء والزرع والسقاية^(١١) والإجارة والعارية ، ولا

(٢) في ب ، م : « يثبت » .

(٣) في م : « ضرار » .

(٤) تقدم غريبه ، في : ١٤٠/٤ .

(٥) في الأصل : « بينهما » .

(٦) في م : « خمسين » .

(٧) في الأصل ، أ : « من الثمن » .

(٨) في م : « بغيره » .

(٩) سورة النساء ٢٩ .

(١٠) في م : « والساقية » .

يُمْكِنُهُ ذَلِكَ مَعَ الْاِشْتِرَاكِ ، فَوَجِبَ أَنْ يُجَبَّرَ الْآخَرُ عَلَيْهِ ؛ لقوله عليه السلام : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . إِذَا بَيَّنَّ هَذَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَ ^(١١) فِي الضَّرَرِ الْمَانِعِ مِنَ الْقِسْمَةِ ، فَقَالَ قَوْلُ الْخَرَقِيِّ ، هُوَ مَا لَا يُمْكِنُ مَعَهُ انْتِفَاعُ أَحَدِهِمَا بِتَصْيِيهِ مُفْرَدًا ، فِيمَا كَانَ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ الشَّرِكَةِ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ بَيْنَهُمَا دَارٌ صَغِيرَةٌ ، إِذَا قُسِمَتْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْضِعًا ضَيْقًا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ . ^(١٢) وَلَوْ أُمْكِنَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فِي شَيْءٍ غَيْرِ الدَّارِ ، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ ^(١٣) دَارًا ، لَمْ يُجَبَّرْ عَلَى الْقِسْمَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ يَجْرِي مَجْرَى الْإِثْلَافِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْمَانِعَ هُوَ أَنْ تُنْقُصَ قِيَمَةُ تَصْيِيْبِ أَحَدِهِمَا بِالْقِسْمَةِ عَنْ خِلَالِ الشَّرِكَةِ ، وَسَوَاءٌ ^(١٤) انْتَفَعُوا بِهِ مَقْسُومًا أَوْ لَمْ يَنْتَفِعُوا . / وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ ، فِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ : إِذَا قَالَ بَعْضُهُمْ يَقْسِمُ وَبَعْضُهُمْ لَا يَقْسِمُ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْصَانٌ مِنْ ثَمَنِهِ ، يَبِيعُ ، وَأَعْطُوا الثَّمَنَ . فَاعْتَبَرَ نَقْصَانُ الثَّمَنِ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ قِيَمَتَهُ ضَرَرَ ، وَالضَّرَرُ مَنْفِيٌّ شَرْعًا . وَقَالَ مَالِكٌ : يُجَبَّرُ الْمُتَمَتِّعُ وَإِنْ اسْتَضَرَّ ، قِيَاسًا عَلَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لقوله عليه السلام : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . وَلَئِنْ فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ ، فَلَمْ يُجَبَّرْ عَلَيْهِ ، كَقِسْمَةِ الْجَوْهَرَةِ بِكَسْرِهَا ، وَلَئِنْ فِي قِسْمَتِهِ إِضَاعَةٌ لِلْمَالِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ إِضَاعَتِهِ ^(١٥) . وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ يَسْتَضَرُّ بِالْقِسْمَةِ دُونَ الْآخَرِ ؛ كَرَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا دَارٌ ، لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَاهَا ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثُهَا ، فَإِذَا قَسَمَا ^(١٦) اسْتَضَرَّ صَاحِبُ الثَّلَاثِ ؛ لَكُزْنِهِ لَا يَحْصُلُ لَهُ مَا يَكُونُ دَارًا ، وَلَا يَسْتَضَرُّ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى لَهُ مَا يَصِيرُ دَارًا مُفْرَدَةً ، فَطَلَبَ صَاحِبُ الثَّلَاثَيْنِ الْقِسْمَةَ ، لَمْ يُجَبَّرِ الْآخَرُ عَلَيْهَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ ^(١٧) ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ ، قَالَ : كُلُّ قِسْمَةٍ فِيهَا ضَرَرٌ ، لَا أَرَى قِسْمَهَا ^(١٨) . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ

و ٤٩/١١

-
- (١١) فِي م : « اخْتَلَفُوا » .
 (١٢-١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرَ .
 (١٣) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .
 (١٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجهُ ، فِي : ٥١٦/٦ .
 (١٥) فِي الْأَصْلِ : « قَسَمَهَا » .
 (١٦) سَقَطَ مِنْ : م ، ا .
 (١٧) فِي ب ، م : « قَسَمَهَا » .

القاضي : يُجْبَرُ الْآخَرُ عَلَيْهَا . وهو قول الشافعي ، وأهل العراق ، لأنه طَلَبُ إِفْرَازٍ^(١٨) نَصِبِهِ الذي لَا يَسْتَضَرُّ بِتَمْيِيزِهِ ، فَوَجِبَتْ إِبْجَابُهُ إِلَيْهِ ، كَالوَ كَانَا لَا يَسْتَضَرُّانَ بِالْقِسْمَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . وَلَهَا قِسْمَةٌ يَضُرُّ^(١٩) بِهَا صَاحِبُهُ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهَا ، كَالوَ اسْتَضَرَّ مَعًا ، وَلَآنَ فِيهِ إِضَاعَةُ الْمَالِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ إِضَاعَتِهِ ، وَإِذَا حَرَّمَ عَلَيْهِ^(٢٠) إِضَاعَةُ مَالِهِ ، فِإِضَاعَةٌ^(٢١) مَالٍ غَيْرِهِ أَوْلَى . وَقَدْ رَوَى عَمْرُو بْنُ جُمَيْعٍ^(٢٢) ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تَعْصِيَةَ^(٢٣) عَلَى أَهْلِ الْيَمِيزَاتِ ، إِلَّا مَا حَصَلَ الْقِسْمُ » . قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ : هُوَ أَنْ يُخْلَفَ شَيْئًا ، إِذَا قُسِمَ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى بَعْضِهِمْ ، أَوْ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا . وَلَكِنَّا اتَّفَقْنَا / عَلَى أَنَّ الضَّرَرَ مَانِعٌ مِنَ الْقِسْمَةِ ، وَأَنَّ الضَّرَرَ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا مَانِعٌ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَانِعُ هُوَ ضَرَرُ الطَّالِبِ ؛ لِأَنَّهُ مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَا يَجُوزُ كَوْنُهُ مَانِعًا ، كَالوَ لَوْ رَاضِيََا عَلَيْهِمَا مَعَ ضَرَرِهِمَا أَوْ ضَرَرِ أَحَدِهِمَا ، فَتَعَيَّنَ الضَّرَرُ الْمَانِعُ فِي جِهَةِ الْمَطْلُوبِ ، وَلَأنَّهُ ضَرَرٌ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ ، فَتَمَنَعَ الْقِسْمَةُ ، كَالوَ اسْتَضَرَّ مَعًا . وَإِنْ طَلَبَ الْقِسْمَةَ الْمُسْتَضَرُّ بِهَا ، كَصَاحِبِ الثَّلَاثِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَفْرُوضَةِ ، أُجْبِرَ الْآخَرُ عَلَيْهَا . هَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ طَلَبٌ^(٢٤) دَفَعَ ضَرَرَ الشَّرِكَةِ عَنْهُ ، بِأَمْرِ لَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِهِ فِيهِ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَالوَ ضَرَرَ فِيهِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ ضَرَرَ الطَّالِبِ مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ ، فَسَقَطَ حُكْمُهُ ، وَالْآخَرُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ ، فَصَارَ كَالوَ ضَرَرَ فِيهِ . وَذَكَرَ

(١٨) ب م ، د : أفراد .

(١٩) م : يستضر .

(٢٠-٢١) م ، د : إضاعته ماله ، فإضاعته .

(٢٢) قَالَ عَنْهُ الْعَقِيلُ : كَذَابٌ ، نَحَبِثُ . الضعفاء الكبير ٣/٣٦٤ . والحديث أخرجه عن ابن حزم ، الدارقطني في : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٤/٢١٩ . والبيهقي في : باب ما لا يحمل القسمة ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٣ . وهو في : غريب الحديث ٢/٧ ، والفتاوى ٢/٤٤٤ ، والنهاية ، لابن الأثير ٢٥٦/٣ .

(٢٣) م : تغصبة . والإعجام غير واضح في : الأصل ، م . والتعصية : التفريق . غريب الحديث . الموضع السابق .

(٢٤) م : سلب .

أصحابنا أن المذهب أنه لا يُجبرُ الْمُتَتَبِعُ عَلَى الْقِسْمَةِ^(٢٤) ؛ لِتَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ ، وَلأنَّ طَلَبَ الْقِسْمَةِ مِنَ الْمُسْتَضَرِّ سَفَهٌ ، فَلَا يَجِبُ إِجَابَتُهُ إِلَى السَّفَهِ . قَالَ الشَّرِيفُ : متى كَانَ أَحَدُهُمَا^(٢٥) يَسْتَضِرُّ ، لَمْ تَجِبِ الْقِسْمَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : متى كَانَ أَحَدُهُمَا^(٢٦) يَنْتَفِعُ بِهَا ، وَجِبَتْ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ^(٢٧) انْتَفَعَ بِهَا الطَّلَابُ ، وَجِبَتْ ، وَإِنْ اسْتَضَرَّ بِهَا الطَّلَابُ ، فَعَلَى وَجْهِين . وَقَالَ مَالِكٌ : تَجِبُ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَلَوْ كَانَتْ دَارَيْنِ ثَلَاثَةٌ ، لِأَحَدِهِمْ نَصْفُهَا ، وَلِلْآخَرَيْنِ نَصْفُهَا ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُبْعُهَا ، فَإِذَا قُسِمَتْ اسْتَضَرَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَمْ^(٢٨) يَسْتَضِرَّ صَاحِبُ النِّصْفِ ، فَطَلَبَ صَاحِبُ النِّصْفِ الْقِسْمَةَ ، وَجِبَتْ إِجَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ قِسْمَتُهَا نِصْفَيْنِ ، فَيَصِيرُ حَقُّهُمَا هُمَا دَارًا ، وَلَهُ النِّصْفُ ، فَلَا يَسْتَضِرُّ أَحَدُ مِنْهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ عَلَيْهِمَا الْإِجَابَةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَضِرُّ بِإِفْرَازِ نَصِيبِهِ .^(٢٩) وَإِنْ طَلَبَا الْمُقَاسَمَةَ ، فَاِمْتَنَعَ صَاحِبُ النِّصْفِ ، أُجِبَ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَإِنْ طَلَبَا إِفْرَازَ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا إِفْرَازَ نَصِيبِهِ^(٣٠) ، لَمْ تَجِبِ الْقِسْمَةُ عَلَى قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ إِضْرَارٌ بِالطَّلَابِ وَسَفَهٌ . عَلَى الرَّجْحِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ تَجِبُ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ مِنْهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ . الْحَالُ / الثَّانِي ، الَّذِي لَا يُجْبَرُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْقِسْمَةِ ، وَهِيَ مَا إِذَا عُدِمَ أَحَدُ الشُّرُوطِ الثَّلَاثَةِ ، فَلَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا ، وَتُسَمَّى قِسْمَةً التَّرَاضِي ، وَهِيَ جَائِزَةٌ مَعَ اخْتِلَالِ الشُّرُوطِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ وَالْمُنَاقَلَةِ ، وَيَبْعُ ذَلِكَ جَائِزٌ .

فصل : إِذَا كَانَتْ دَارَيْنِ اثْنَتَيْنِ ، سَفَلُهَا وَعُلُوُّهَا ، فَإِذَا طَلَبَا قِسْمَهَا ؛ نَظَرْتُ ، فَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ السُّفْلِ وَالْعُلُوِّ بَيْنَهُمَا ، وَلَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ ، أُجِبَ الْآخَرُ عَلَيْهِ . لِأَنَّ^(٣١) الْبِنَاءَ فِي الْأَرْضِ يَجْرِي مَجْرَى الْعُرْسِ ، يَتَّبِعُهَا^(٣٢) فِي الْبَيْعِ وَالشُّفْعَةِ ، ثُمَّ لَوْ طَلَبَ قِسْمَةَ

(٢٤) ق ب ، م : هَذَا الْقِسْمُ .

(٢٥-٢٦) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ : نَقَلَ نَظْرَ .

(٢٦) ق ب : هَذَا حَتَّى .

(٢٧) ق ب ، م : هَذَا وَلَا .

(٢٨) ق م : هَذَا أَنْ .

(٢٩) ق م : هَذَا فَيُعْمَلُ .

أرض فيها غراس، أُجْبِرَ شريكه عليه ، كذلك البناء . وإن طلب أحدهما جعل السفلى لأحدهما^(٣٠) والعلو للآخر^(٣١)، ويُفْرَع بينهما ، لم يُجْبَر عليه الآخر؛ لثلاثية معانٍ؛ أحدها ، أَنَّ الْعُلُوَّ تَبَعَ^(٣٢) لِلْسُّفْلِ ، ولهذا إذا بيعا ، تَبَّثَتِ الشُّعْعةُ فيهما ، وإذا أَفْرَدَ الْعُلُوَّ بِالْبَيْعِ^(٣٣) ، لم تَبَّثْ فيه الشععة ، وإذا كان تَبَعًا له ، لم يُجْعَلِ التَّبَوُّعُ سَهْمًا وَالتَّبَعُ^(٣٤) سَهْمًا ، فيصيرُ التَّبَعُ^(٣٥) أَصْلًا . الثاني ، أَنَّ السُّفْلَ وَالْعُلُوَّ يَجْرِيَانِ مَجْرَى الدَّائِرَتَيْنِ الْمُتَلَاصِقَتَيْنِ^(٣٦) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَكِّنُ مُتَفَرِّدًا^(٣٧) ، ولو كان بينهما داران ، لم يَكُنْ لأحدهما الْمُطَالَبَةُ بِجَعْلِ كُلِّ دَارٍ نَصِيبًا ، كذا هُنا . الثالث ، أَنَّ صَاحِبَ الْفَرَارِ يَمْلِكُ قَرَارَهَا وَهَوَاءَهَا ، فإذا جُعِلَ السُّفْلُ نَصِيبًا انْفَرَدَ صَاحِبُهُ بِالْهَوَاءِ ، وليست هذه قِسْمَةً عَادِلَةً . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يَقْسِمُهُ الْحَاكِمُ ، يَجْعَلُ ذِرَاعًا مِنَ السُّفْلِ بِذِرَاعَيْنِ مِنَ الْعُلُوِّ . وقال أبو يوسف : ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ . وقال محمد : يَقْسِمُهَا بِالْقِيَمَةِ^(٣٨) . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهَا دَارٌ وَاحِدَةٌ ، فَإِذَا قَسَمَهَا عَلَى مَا يَرَاهُ جَارٌ ، كَالَّتِي لَا غُلُوقَ لَهَا . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةِ ، وَفِيهَا رَدُّ مَا ذَكَرُوهُ ، وَمَا يَذْكُرُونَهُ مِنْ كَيْفِيَةِ الْقِسْمَةِ نَحْكُمُ ، وَبَعْضُهُ يَرُدُّ بَعْضًا . وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ الْعُلُوِّ / وَحْدَهُ ، أَوِ السُّفْلِ وَحْدَهُ ، لَمْ يُجَبِّ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تُرَادُّ لِلتَّمْيِيزِ ، وَمَعَ بَقَاءِ الْإِشَاعَةِ^(٣٩) فِي أَحَدِهِمَا^(٤٠) لَا يَخْصُلُ التَّمْيِيزُ . وَإِنْ طَلَبَ قِسْمَةَ السُّفْلِ مُتَفَرِّدًا ، أَوِ الْعُلُوَّ مُتَفَرِّدًا ، لَمْ يُجَبِّ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَخْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عُلُوٌّ سُفْلٌ الْآخَرِ ، فَيَسْتَضَرُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا يَتَمَيَّزُ الْحَقَّانِ .

فصل : وإذا كان بينهما دارٌ ، أو خان كبيرٌ ، فطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ ذَلِكَ ،

(٣٠) ق م : لإحدهما .

(٣١) ق م : للآخرين .

(٣٢) ق ب ، م : تبع .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) ق ب : التبع .

(٣٥) ق ب : المتلاصقتين .

(٣٦) ق الأصل : مفردا .

(٣٧) ق الأصل : يقسم بالقسمة .

(٣٨) - ٣٨ (٣٨) سقط من : م .

ولا ضرر في قسمته، أُجبر الممتنع على القسمة، وتفرّد بعض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن. وإن كان بينهما داران، أو خاتان، أو أكثر، فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين، أو أحد الخاتين، ويجعل الباقي نصيباً، لم يجبر الممتنع. وهذا قال الشافعي. وقال أبو يوسف، ومحمد: إذا رأى الحاكم ذلك، فله فعله، سواء تفرّقا أو تفرّقا، لأنه أنفع وأعدل. وقال مالك: إن كانتا متجاورتين، أُجبر الممتنع من ذلك عليه؛ لأن المتجاورتين تقارب منفعتهما، بخلاف المتباعدتين. ^(٣٩) وقال أبو حنيفة: إن كانت إحداهما حَجَزَتْ ^(٤٠) الأخرى ^(٤١)، أُجبر الممتنع ^(٤٢)، وإلا فلا؛ لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة. ولنا، أنه نقل حقه من عين إلى عين أخرى، فلم يجبر عليه، كالمفترقتين ^(٤٣) على ملأ، وكألو لم تكن حَجَزَتْها ^(٤٤) مع أبي حنيفة، وكألو كانتا داراً وذكناً ^(٤٥) مع أبي يوسف ومحمد، والحكم في الدكاكين كالحكم في الدور، وكألو كانت لها عضائد صغار، لا يمكن قسمة كل واحدة منهما ^(٤٦) منفردة، لم يجبر الممتنع من قسمتها ^(٤٧) عليها.

فصل: وإن كانت بينهما أرض واحدة يمكن قسمتها، وتتحقق ^(٤٨) فيها الشروط التي ذكرناها، أُجبر الممتنع على قسمتها ^(٤٩)، سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء. فإن كان فيها نخل، وكرم، وشجر مختلف، وبناء، فطلب أحدهما قسمة كل عين على جذعها، وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة، فقال أبو الخطاب: تنقسم كل عين على جذعها، وكذلك كل / مقسوم، إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جديده

٥١/١١

(٣٩-٣٩) سقط من: الأصل.

(٤٠) في الأصل، م، والشرح الكبير ٢٢٦/٦: «أحجرة». وفي ب: «حجرة». ولعل الصواب ما أئنتاه.

(٤١) في ب: «والأخرى».

(٤٢) في ب، م: «كالمفترقتين».

(٤٣) في ب، م: «حجة بها».

(٤٤) في الأصل: «أو ذكناً».

(٤٥) في ب: «منها».

(٤٦) في ب، م: «قسمها».

(٤٧) في الأصل: «أو تتحقق».

وَرَدِيهِ ، كَانَ أَوَّلَى .. وَغَوْ هَذَا قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : إِذَا أُمَكَّنْتَ التَّسْوِيَةَ
 بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي جَيِّدِهِ وَرَدِيهِ ، بَأَنْ يَكُونَ الْجَيِّدُ فِي مَقْدَمِهَا وَالرَّدِيُّ فِي مُؤَخَّرِهَا ، فَإِذَا
 قَسَمْنَا هَاصِرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ^(٤٨) الْجَيِّدِ وَالرَّدِيِّ مِثْلُ مَا لِلْآخِرِ ، وَجَبَتْ الْقِسْمَةُ ، وَأُجِبَرِ
 الْمُتَمَتِّعُ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ تُمَكِّنِ الْقِسْمَةُ هَكَذَا ، بَأَنْ تَكُونَ الْعِمَارَةُ أَوْ الشَّجَرُ وَالْجَيِّدُ لَا تُمَكِّنُ
 قِسْمَتَهُ وَخَدَهُ ، وَأُمَكَّنَ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ ، عُدَّتْ بِالْقِيَمَةِ ، وَأُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ^(٤٩) مِنْ
 الْقِسْمَةِ^(٥٠) عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : لَا يُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهَا .
^(٥١) وَقَالُوا : إِذَا كَانَتْ الْأَرْضُ ثَلَاثِينَ جَرِيماً^(٥٢) ، قِيَمَةُ عَشْرَةِ أَجْرٍ مِنْهَا كَقِيَمَةِ
 عِشْرِينَ^(٥٣) ، لَمْ يُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهَا^(٥٤) ؛ لِتَعْدَرِ التَّسَاوِيُ فِي الزَّرْعِ ، وَلَأَنَّهُ لَوْ
 كَانَ حَقْلَانِ مُتَجَاوِرَانِ^(٥٥) لَمْ يُجِبَرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ ، إِذَا لَمْ تُمَكِّنِ إِلَّا بَأَنْ يُجْعَلَ كُلُّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْماً^(٥٦) ، كَذَا هُنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَكَانٌ وَاحِدٌ ، أُمَكَّنْتَ قِسْمَتَهُ ، وَتَعْدِيلُهُ ،
 مِنْ غَيْرِ رَدٍّ عِوَضٍ وَلَا ضَرَرٍ ، فَوَجَبَتْ قِسْمَتُهُ ، كَالدُّورِ . وَلَأَنْ مَا ذَكَرُوهُ يُقْضَى إِلَى مَنَعٍ
 وَجُوبِ الْقِسْمَةِ فِي الْبَسَاتِينِ كُلِّهَا^(٥٧) ، وَالدُّورِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسَاوِيِ الشَّجَرِ وَبِنَاءِ الدُّورِ
 وَمَسَاكِئِهَا إِلَّا بِالْقِيَمَةِ ، وَلَأَنَّهُ مَكَانٌ لَوْ بَيَعَ بَعْضُهُ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ لِشَرِيكِ الْبَائِعِ ، فَوَجَبَتْ
 قِسْمَتُهُ ، كَالْوِ أُمَكَّنْتَ التَّسْوِيَةَ بِالزَّرْعِ . وَأَمَّا إِذَا كَانَ بُسْتَانَانِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَرِيقٌ ، أَوْ
 حَقْلَانِ ، أَوْ دَارَانِ ، أَوْ دُكَّانَانِ مُتَجَاوِرَانِ أَوْ مُتَبَاعِدَانِ ، فَطَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَتَهُ ،
 بِجَعْلِ كُلِّ وَاحِدٍ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يُجِبَرِ الْآخَرُ عَلَى هَذَا ، سِوَاءَ كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ .
 وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا شَيْئَانِ مُتَمَيِّزَانِ ، لَوْ بَيَعَ أَحَدُهُمَا ، لَمْ تَجِبِ الشُّفْعَةُ
 فِيهِ لِلْمَالِكِ / الْآخَرِ ، بِخِلَافِ الْبُسْتَانِ الْوَاحِدِ ، وَالْأَرْضِ الْوَاحِدَةِ وَإِنْ عَظُمَتْ ، فَإِنَّهُ

(٤٨) لِي : ١ : ٤ . .

(٤٩) - (٤٩) : سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥٠) - (٥٠) : سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(٥١) : الْجَرْبُ مِنَ الْأَرْضِ وَالطَّعَامُ : مَقْدَارُ مَعْلُومٍ . انْظُرْ تَفْصِيلَهُ فِي تَاجِ الْعُرُوسِ (ج ر ب) .

(٥٢) : فِي النِّسْخِ : ٥ : عَشْرٌ . وَانْظُرْ : الشَّرْحَ الْكَبِيرَ ٢٢٧/٦ .

(٥٣) : كَذَا ، عَلَى أَنَّ « كَانَ » مَعْصِي وَجَدَ . وَانْظُرْ : الشَّرْحَ الْكَبِيرَ ٢٢٧/٦ .

(٥٤) : فِي الْأَصْلِ : ٥ : بَيْنَهُمَا .

(٥٥) : سَقَطَ مِنْ : ب .

إذا بيع بعضها ، وجبت الشفعة لما لك البعض الباقي ، والشفعة كالقسمة ؛ لأن كل واحد منهما يراد لإزالة ضرر الشريكة ، ونقصان التصرف ، فما لا تجب قسمته ، لا تجب الشفعة فيه ، فكذلك ما لا شفعة فيه ، لا تجب قسمته ، وعكس هذا ما تجب قسمته ، تجب فيه الشفعة ، وما تجب الشفعة فيه ، تجب قسمته . ولأنه لو بدأ الصلاح في بعض البستان ، كان صلاحاً لباقيه وإن كان كبيراً . ولم يكن صلاحاً لما جاوره^(٥٦) وإن كان صغيراً .

فصل : وإذا^(٥٧) كان في الأرض زرع ، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع ، أجزبر الممتنع ؛ لأن الزرع في الأرضي كالقماش في الدار ، فلم يمنع القسمة ، كالقماش ، وسواء خرج الزرع ، أو كان بذراً لم يخرج ، فإذا قسمها ، بقي الزرع بينهما مشتركاً ، كما لو باع الأرض لغيرهما . وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفرداً ، لم يجز الآخر عليه ؛ لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم ، وتعديل الزرع بالسهم لا يمكن ؛ لأنه يشترط بقاؤه في الأرض المشتركة . وإن طلب قسمتها مع الزرع ، وكان قد خرج ، أجزبر الممتنع عليه ، سواء كان قصيلاً^(٥٨) ، أو قد^(٥٩) اشتد الحب فيه ؛ لأن الزرع كالشجر في الأرض ، والقسمة إفرار^(٦٠) حق ، وليست بيعاً . وإن قلنا : هي بيع . لم يجز^(٦١) إذا اشتد الحب ؛ لأنه يتضمن بيع السنبيل بعينه ببعض . ويحتل الجوار ؛ لأن السنايل ههنا دخلت تبعاً للأرض ، فليست المقصود ، فأشبهت بيع الثخلة المثمرة ببيعها . وقال الشافعي : لا يجزبر الممتنع من قسمتها مع الزرع ؛ لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها ، فلم تجب قسمته معها ، كالقماش فيها . ولنا ، أنه ثابت فيها للثماء والنفع ، فأشبهت الغراس ، وفارق القماش ، فإنه غير متصل بالدار ، ولا ضرر / عليه في نقله . وإن كان

٥٢/١١

(٥٦) في ب ، م : ١ : جاوزة .

(٥٧) في م : ١ : وإن .

(٥٨) القصيل : ما يفتصل أي يؤخذ من الزرع وهو أخضر .

(٥٩) سقط من : ب ، م .

(٦٠) في الأصل : ٥ : إقرار .

(٦١) في ب ، م : ١ : يجبر .

الزَّرْعُ بَذْرًا فِي الْأَرْضِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا تَحْزَنْ قِسْمَتُهُ ؛ لِجَهَالَتِهِ ، وَكَوْنِهِ لَا يُمَكِّنُ إِقْرَارَهُ ^(٦٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ ، لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَبَعًا لِلأَرْضِ ، فَلَا تُضَرُّ جَهَالَتُهُ ، كَأَسَاسَاتِ الْجِيْطَانِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ فَاشْتَرَطَهُ ^(٦٣) ، مَلَكَهَ بِالشَّرْطِ ، وَإِنْ كَانَ بَذْرًا مَجْهُولًا .

فصل : إِذَا كَانَتْ بَيْنَهُمَا ^(٦٤) أَرْضٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، فِي أَحَدِ جَانِبَيْهَا بَيْتَرٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، وَفِي الْآخَرِ شَجَرَةٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، عُدَّتْ بِالْقِيَمَةِ ، وَجُعِلَتِ الْبَيْتَرُ مَعَ نَصِيفِ الْأَرْضِ بَيْنَهُمَا ^(٦٥) نَصِيبًا ، وَالشَّجَرَةُ مَعَ النُّصَيْفِ الْآخَرِ ^(٦٦) نَصِيبًا . فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَكْثَرَ ، نَظَرْتُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ^(٦٧) أَوْ أَقَلَّ ، لَمْ تَجِبِ الْقِسْمَةُ ، لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ أَقَلَّ ، لَمْ يُمَكِّنِ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِقِسْمَةِ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ^(٦٨) ، فَجَعَلْنَاهَا سَهْمًا ، وَالْبَيْتَرُ سَهْمًا ، وَالشَّجَرَةُ سَهْمًا ، لَمْ يَحْصُلْ مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْضِ ، ^(٦٩) فَصَبِيرٌ هَذَا ^(٧٠) كَقِسْمَةِ الشَّجَرِ وَحْدَهُ ، وَقِسْمَةُ ذَلِكَ وَحْدَهُ لَيْسَتْ قِسْمَةً إِجْبَارًا . وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ كَثِيرَةً ^(٧١) الْقِيَمَةِ ، بِحَيْثُ يَأْخُذُ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ سِيَهَامَهُمْ مِنْهَا ، وَيَتَقَى مِنْهَا شَيْءٌ مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ ، وَجَبَّتِ الْقِسْمَةُ ، وَمِثَالُهُ أَنْ تَكُونَ قِيَمَةُ الْأَرْضِ مِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ ، فَتُجْعَلُ ^(٧٢) مِائَةً وَخَمْسِينَ سَهْمًا ، وَيُضَمُّ إِلَى الْبَيْتَرِ مَا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ ، وَإِلَى الشَّجَرَةِ مِثْلُ ذَلِكَ ، فَصَبِيرٌ ثَلَاثَةَ سِيَهَامٍ مُتَسَاوِيَةٍ ، وَفِي كُلِّ سَهْمٍ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ ، فَتَجِبُ الْقِسْمَةُ حِينَئِذٍ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، وَقِيَمَةُ الْأَرْضِ أَرْبَعَمِائَةٍ ، وَجَبَّتِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّنَا نَجْعَلُ ثَلَاثَمِائَةٍ مِنْهَا سَهْمَيْنِ ، وَمِائَةً مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ سَهْمَيْنِ ، فَتَعْدَلُ السَّهَامُ .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : إِقْرَارُهُ .

(٦٣) فِي م : فَاشْتَرَطُوا .

(٦٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٦٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٦٧-٦٨) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٦٨-٦٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦٩) فِي ب : م ، : د : كَبِيرَةٌ .

(٧٠) فِي م : د : فَيَجْعَلُهَا .

ولو كانت الأرض لاثنتين ، فأراد إقسمة البئر والشجرة دون الأرض ، لم تكن قسمة إجباري ، وهكذا / الأرض ذات الشجر ، إذا اقتسم الشجر دون الأرض ، لم تكن قسمة إجباري . ولو اقتسماها بشجرها ، كانت قسمة إجباري ؛ لأن الشجر يدخل تبعا للأرض ، فيصير الجميع كالشيء الواحد ، ولهذا تجب فيه الشفعة إذا بيع شيء من الأرض بشجره . وإذا قسم ذلك دون الأرض ، صار أصلا في القسمة ، ليس بتابع لشيء واحد ، فيصير كأغنيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة إذا بيع مفردا . وكل قسمة غير واجبة ، إذا تراضيا بها ، فهي بيع ، حكمها حكم البيع .

١٨٨١ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَسِمَ ، طُرِحَتِ السَّهَامُ ، فَيَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا وَقَعَ سَهْمُهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَرَضَيَا ، فَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا رَضِيَ بِهِ)

وجملته أن القسمة على ضربين ؛ قسمة إجباري ، وقسمة تراضي . وقد ذكرنا أن قسمة الإجباري ما أمكن التعديل فيها من غير رد . ولا تخلو من أربعة أقسام ؛ أحدها ، أن تكون السهام متساوية ، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية . الثاني ، أن تكون السهام متساوية ، وقيمة الأجزاء مختلفة . الثالث ، أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية . الرابع ، أن تكون السهام مختلفة ، والقيمة مختلفة^(١) . فأما الأول ، فيشمل أرض بين ستة ، لكل واحد منهم^(٢) سدسها ، وقيمة أجزاء الأرض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية ؛ لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة ، لتساوي أجزائها في القيمة ، ثم يقرع بينهم ، وكيفما أقرع بينهم جاز ، في ظاهر كلام أحمد ؛ فإنه قال في رواية أبي داود : إن شاء رقاعا ، وإن شاء خواتيم ، يطرح ذلك في حجر من لم يحضر ، ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : أخرج خاتمك على هذا السهم . فمن خرج خاتمته فهو له ، وعلى هذا ، لو أقرع بالحصا أو غيره جاز . واختار أصحابنا في الفرع أن يكتب رقاعا متساوية / بعدد السهام ، وهو ههنا مخير بين أن يخرج الأسماء على السهام ، وبين

٥٣/١١

(١) لم يرد في الأصل .

(٢) ق م : ١ منهما .

إخراج السَّهَامِ عَلَى الْأَسْمَاءِ ، فَإِنْ أَخْرَجَ الْأَسْمَاءُ عَلَى السَّهَامِ ، كَتَبَ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمَ كُلِّ^(٣) وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ ، وَتَرَكَّ فِي بِنَادِقٍ طِينٍ أَوْ شَمْعٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقَدْرِ وَالْوِزْنِ ، وَتَرَكَّ فِي حِجْرِ مَنْ لَمْ يَخْضُرِ الْقِسْمَةَ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَخْرَجَ بِنْدَقَهُ عَلَى هَذَا السَّهْمِ . فَإِذَا أَخْرَجَهَا كَانَ ذَلِكَ السَّهْمُ لِمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِي الْبِنْدَقَةِ ، ثُمَّ يُخْرِجُ أُخْرَى عَلَى سَهْمٍ آخَرَ ، كَذَلِكَ حَتَّى يَبْقَى الْأَخِيرُ ، فَيَتَعَيَّنُ لِمَنْ يَبْقَى . وَإِنْ اخْتَارَ إِخْرَاجَ السَّهَامِ عَلَى الْأَسْمَاءِ ، كَتَبَ فِي الرُّقَاعِ أَسْمَاءَ السَّهَامِ ، فَيَكْتُبُ فِي رُقْعَةِ الْأَوَّلِ مِمَّا يَلِي جِهَةَ كَذَا ، وَفِي أُخْرَى الثَّانِي ، حَتَّى يَكْتُبَ السَّتَةَ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الرُّقْعَةَ عَلَى وَاحِدٍ بَعَيْنِهِ ، فَيَكُونُ لَهُ السَّهْمُ الَّذِي فِي الرُّقْعَةِ . وَيَفْعَلُ ذَلِكَ حَتَّى يَبْقَى الْأَخِيرُ ، فَيَتَعَيَّنُ لِمَنْ يَبْقَى . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ ، أَنَّ الْبِنَادِقَ تُجْعَلُ طِينًا ، وَتُطْرَحُ فِي مَاءٍ ، وَيُعَيَّنُ وَاحِدٌ ، فَأَيُّ الْبِنَادِقِ انْحَلَّ الطِّينُ عَنْهَا ، وَخَرَجَتْ رُقْعَتُهَا^(٤) عَلَى الْمَاءِ ، فَهِيَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ الثَّانِي وَالثَّالِثُ وَمَا بَعْدَهُ ، فَإِنْ خَرَجَ اثْنَانِ مَعًا^(٥) أُعِيدَ الْإِفْرَاقُ . وَالْأَوَّلَى^(٦) أَوَّلَى وَأَسْهَلُ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ السَّهَامُ مُتَّفِقَةً وَالْقِيَمَةُ مُخْتَلِفَةً ، فَإِنْ الْأَرْضُ تُعَدَّلُ بِالْقِيَمَةِ ، وَتُجْعَلُ سِتَّةُ أَشْهُمٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمَةِ . وَيَفْعَلُ فِي إِخْرَاجِ السَّهَامِ مِثْلَ الَّذِي قَبْلَهُ سَوَاءً ، لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنَّ التَّعْدِيلَ ثُمَّ بِالسَّهَامِ ، وَهَهُنَا بِالْقِيَمَةِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ مُتَسَاوِيَةً وَالسَّهَامُ مُخْتَلِفَةً ، مِثْلَ أَرْضٍ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، وَلِلْآخَرِ سُدُسُهَا ، وَأَجْزَاؤُهَا مُتَسَاوِيَةُ الْقِيَمِ^(٧) ، فَإِنَّهَا تُجْعَلُ سِيَهَامًا بِقَدْرِ أَقْلُهَا ، وَهُوَ السُّدُسُ ، فَتُجْعَلُ سِتَّةُ أَشْهُمٍ ، وَتُعَدَّلُ بِالْأَجْزَاءِ ، وَيَكْتُبُ ثَلَاثَ رُقَاعٍ بِأَسْمَائِهِمْ ، وَيُخْرِجُ رُقْعَةً عَلَى السَّهْمِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ^(٨) / ، ثُمَّ يُخْرِجُ أُخْرَى عَلَى الثَّانِي ، فَإِنْ خَرَجَتْ^(٨) لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَ الثَّانِي وَالثَّالِثُ ، وَكَانَتِ الثَّلَاثَةُ الْبَاقِيَةُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَإِنْ خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ الثَّانِيَةُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، أَخَذَ الثَّانِي وَالثَّالِثُ وَالرَّابِعُ ، وَكَانَ الْخَامِسُ وَالسَّادِسُ لِصَاحِبِ

(٣) فِي بِنَادِقَةٍ : كَلِّ .

(٤) فِي بِنَادِقَةٍ : بِرَقْعَتِهَا .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٦) فِي م : ١ : وَالْأَوَّلَى .

(٧) فِي م : ١ : الْقِيَمَةُ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

الثلث ، وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف ، أخذ الثلاثة الأول ، وتخرج الثانية على الرابع ، فإن خرجت لصاحب الثلث ، أخذه والذي يليه ، وكان السادس لصاحب السدس ، فإن خرجت الثانية لصاحب السدس ، أخذه ، وأخذ الآخر الخامس والسادس ، وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث ، أخذ الأول والثاني ، ثم يخرج الثانية على الثالث ، فإن خرجت لصاحب النصف ، أخذ الثالث والرابع والخامس ، وأخذ الآخر السادس ، وإن خرجت الثانية لصاحب السدس ، أخذه ، وأخذ صاحب النصف ما بقي . وقيل : تكتب سيث وقاع ، باسم صاحب النصف ثلاث ، وباسم صاحب الثلث اثنتان ، وباسم صاحب السدس واحدة . وهذا الفائدة فيه : فإن المقصود خروج اسم صاحب النصف ، وإذا كتب ثلاث وقاع حصل المقصود فأغنى . ولا يصح أن يكتب وقاعاً باسماء السهام ، ويخرجها على أسماء الملاك ؛ لأنه إذا أخرج واحدة فيها السهم الثاني لصاحب السدس ، ثم أخرج أخرى لصاحب النصف أو الثلث فيهما السهم الأول ، احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقاً ، فيتضرر بذلك . القسم الرابع ، إذا اختلفت السهام والقيمة ، فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ، ويجعلها ستة أسهم متساوية القيمة ، ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام ، كما ذكرنا في القسم الثالث سواء ، لا فضل بينهما ، إلا أن التعديل ههنا بالقيمة ، وفي التي قبلها بالمساحة . وأما الضرب الثاني ، وهي قسمة التراضي التي فيها رد ، ولا يمكن تعديل السهام إلا أن يجعل / مع بعضها عوض ، ٥٤/١١ فهذه لإجبار فيها ؛ لأنها معاوضة ، ولا يجبر على المعاوضة ، وكذلك سائر ما لا تجب قسمة ، كالذاريين تجعل كل واحدة منهما سهماً ، وما يدخل الضرب عليهما يقسمته ، وأشباه هذا ، وقد ذكرنا منه صوراً فيما تقدم . إذا ثبت هذا ، فإن قسمة الإيجاب تلزم بإخراج القرعة ؛ لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه ، فيلزم بإخراجها كلزوم حكم الحاكم . وأما قسمة التراضي ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تلزمه أيضاً ، كقسمة الإيجاب ؛ لأن القاسم كالحاكم ، وقرعته كحكمه . والثاني ، لا تلزم ؛ لأنها بيع ، والبيع لا يلزم إلا^(٩) بالتراضي ، لا بالقرعة ، وإنما القرعة ههنا لتعريف^(١٠) البائع من

(٩-٩) ق م : لا يلزم .

(١٠) ق م : لا تصرف .

المُشْتَرَى ، فَأَمَّا إِنْ تَرَضِيََا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاحِدًا مِنَ السَّهْمَيْنِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَاخْتَارَ ، وَيَلْزَمُ هَهُنَا بِالْتَرَضِي وَتَقَرُّقُهُمَا ، كَمَا يَلْزَمُ الْبَيْعُ .

فصل : وَيَجُوزُ لِلشَّرِيكَيْنِ أَنْ يَقْتَسِمَا بَأَنْفُسِهِمَا ، وَأَنْ يَأْتِيَا الْحَاكِمَ لِيَنْصِبَ بَيْنَهُمَا قَاسِمًا يَقْسِمُ لَهُمَا ، وَأَنْ يَنْصِبَا قَاسِمًا يَقْسِمُ لَهُمَا ، فَإِنْ نَصَبَ الْحَاكِمُ قَاسِمًا لَهُمَا ، فَمِنْ شَرْطِهِ الْعَدَالَةُ ، وَمَعْرِفَةُ الْحِسَابِ ^(١١) ، وَالْقِسْمَةُ ، لِيُوصَلَ إِلَى كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ يَشْتَرِطُ كَوْنَهُ ^(١٢) حُرًّا . وَإِنْ نَصَبَا قَاسِمًا بَيْنَهُمَا ، فَكَانَ عَلَى صِفَةِ قَاسِمِ الْحَاكِمِ فِي الْعَدَالَةِ وَالْمَعْرِفَةِ ، فَهُوَ كَقَاسِمِ الْحَاكِمِ ، فِي لُزُومِ قِسْمَتِهِ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنْ كَانَ كَافِرًا ، أَوْ فَاسِقًا ، أَوْ غَيْرَ عَارِفٍ بِالْقِسْمَةِ ، لَمْ تَلْزَمْ قِسْمَتُهُ إِلَّا بِتَرَضِيهِمَا بَهَا ، وَيَكُونُ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى لُزُومِ الْقِسْمَةِ . وَيُجْزَى قَاسِمٌ وَاحِدٌ فِيمَا لَا يَخْتَاجُ إِلَى تَقْوِيمٍ ، فَإِنْ اخْتِاجَ الْقِسْمُ إِلَى التَّقْوِيمِ ^(١٣) ، اخْتِاجَ إِلَى قَاسِمَيْنِ ؛ / لِأَنَّهُ يَخْتَاجُ إِلَى أَنْ يَكُونَ الْمُقَوَّمُ اثْنَيْنِ ، وَلَا يَكْفِي فِي التَّقْوِيمِ وَاحِدٌ . فَمَتَى نَصَبَا قَاسِمًا أَوْ نَصَبَهُ الْحَاكِمُ ، وَكَانَتِ الشُّرُوطُ فِيهِ مُتَحَقِّقَةً ، لَزِمَتِ الْقِسْمَةُ بِقُرْعَتِهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ فِيهِ بَعْضُ الشُّرُوطِ ، لَمْ تَلْزَمْ الْقِسْمَةُ إِلَّا بِتَرَضِيهِمَا ؛ لِأَنَّ وُجُودَهُ وَعَدَمَهُ وَاحِدٌ . وَإِنْ قَسَمَا بَأَنْفُسِهِمَا ، وَأَقْرَعَا ، لَمْ تَلْزَمْ ^(١٤) الْقِسْمَةُ إِلَّا بِتَرَضِيهِمَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاكِمَ بَيْنَهُمَا ، وَلَا مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ .

فصل : وَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَرْزُقَ الْقَاسِمَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنَ الْمَصَالِحِ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اتَّخَذَ قَاسِمًا ، وَجَعَلَ لَهُ رِزْقًا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ^(١٥) . فَإِنْ لَمْ يَرْزُقْهُ الْإِمَامُ ، قَالَ الْحَاكِمُ لِلْمُقَامِسَيْنِ ^(١٦) : اذْفَعَا إِلَى الْقَاسِمِ أَجْرَةَ لِيَقْسِمَ بَيْنَكُمَا . فَإِنْ

(١١) فِي مَزَادَةِ : « وَالْقِيَمَةُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ يَكُونَ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « تَقْوِيمٌ » .

(١٤) فِي ب ، م : « تَلْزِمُهُ » .

(١٥) انْظُرْ : مَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي أَجْرِ الْقِسَامِ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكَبِيرِ

١٣٢/١٠ ، ١٣٣ .

(١٦) لَمْ يَرُدِّ فِي الْأَصْلِ .

استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسيم نصيبه ، وإن استأجره جميعاً إجارة واحدة ليقسيم بينهم الدار بأجر واحد معلوم ، لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المقسوم . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون عليهم على عديروهم ؛ لأن عمله في نصيب أحدهما كعمله في نصيب الآخر ، سواء تساوت سيئاتهم أو اختلفت ، فإن^(١٧) الأجر بينهم سواء . ولنا ، أن أجر القسمة يتعلق بالملك ، فكان بينهم على قدر الأملاك ، كنفقة العبد ، وما ذكره^(١٨) لا يصح ؛ لأن العمل في أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلاً أو موزوناً ، كان كيل الكثير أكثر عملاً من كيل القليل ، وكذلك الوزن والزرع ، وعلى أنه يتطّل بالحافظ ، فإن حفظ القليل والكثير سواء ، ويختلف أجره باختلاف المال .

فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها . وهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : هي على الطالب للقسمة ؛ لأنها حق له . ولنا ، أن الأجرة تجب بإفراز الأنصبة ، وهم فيها سواء ، فكانت الأجرة عليهما / ، كما لو تراضوا عليها .

فصل : وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطاً في القسمة ، وأنه أعطى دون حقه ؛ نظرت ، فإن كانت قسمة تلتزم بالقرعة ، ولا تقف على تراضيهما ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببينة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين ، نقضت القسمة وأعيدت ، وإن لم تكن بيّنة ، وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه ، أخلف له . وإنما قدّمنا قول المدعى عليه ؛ لأن الظاهر صحة القسمة ، وأداء الأمانة فيها . وإن كانت مملاً لا تلتزم إلا بالتراضي ، كالذي قسماه بأنفسيهما ونحوها^(١٩) ، لم نسمع دعوى من ادعى الغلط . هكذا قال أصحابنا . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه قدر صبي بذلك ، ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه والصحيح عندي أن هذه كالتى قبلها ، وأنه متى أقام البيّنة بالغلط ، نقضت القسمة ؛ لأن ما ادعاه مُحتمل ، ثبت بيّنة عادلة ،

(١٧) في ب ، م : « فكان » .

(١٨) م : « ذكروه » .

(١٩) في ب ، م : « ونحوه » .

فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَشْهَدَ^(٢٠) عَلَى نَفْسِهِ بَقِيضِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، ثُمَّ ادَّعَى غَلَطًا فِي كَيْلِهِ أَوْ وَزَنَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ حَقَّهُ مِنَ الزِّيَادَةِ سَقَطَ بِرِضَاهُ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَسْقُطُ مَعَ عَلَيْهِ ، أَمَّا إِذَا ظَنَّ أَنَّهُ أُعْطِيَ حَقَّهُ فَرَضِيَّ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، ثُمَّ بَانَ لَهُ الْغَلَطُ ، فَلَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّهُ ، كَالثَّمَنِ وَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَبِضَ الْمُسْلِمُ فِيهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ مَكَابِيلَ ، رَاضِيًا بِذَلِكَ ، ثُمَّ قَبِضَ أَنَّهُ ثَمَانِيَّةٌ ، أَوْ ادَّعَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ أَنَّهُ غَلِطَ ، فَأَعْطَاهُ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَثَبَتَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالرَّضَى بِهِ^(٢١) ، وَلَا يَمْتَنِعُ^(٢٢) سَمَاعُ دَعْوَاهُ وَبَيِّنَتُهُ ، وَلَئِنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ أَقْرَبَ بِالْغَلَطِ ، لِنَقْضِ الْقِسْمَةَ ، وَلَوْ سَقَطَ حَقُّ الْمُدَّعَى بِالرَّضَى ، لَمَا نُقِضَتِ الْقِسْمَةُ بِإِقْرَارِهِ ، كَالْوَهْبِ الرَّائِدِ ، وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا وَغَيْرُهُمْ فِي مَنْ بَاعَ دَارًا عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَذْرُعَ ، فَإِنِ اثْنَتَا عَشْرَةَ أَوْ أَحَدَ عَشَرَ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ ، وَالتَّنْقِصُ عَلَيْهِ . وَالْبَيْعُ إِنَّمَا يُلْزَمُ بِالْتَّرَاضِي ، فَلَوْ كَانَ / التَّرَاضِي يُسْقُطُ حَقَّهُ مِنَ الزِّيَادَةِ ، لَسَقَطَ حَقُّ الْبَائِعِ مِنَ الزِّيَادَةِ ، وَحَقُّ الْمُشْتَرِي مِنَ التَّنْقِصِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلَئِنْ مَنْ رَضِيَ بِشَيْءٍ بِنَاءً عَلَى ظَنِّ تَبَيَّنَ خِلَافُهُ ، لَمْ يَسْقُطْ بِهِ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ اقْتَسَمَا شَيْئًا ، وَتَرَاضِيَا بِهِ^(٢٣) ، ثُمَّ بَانَ تَصْيِيبُ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا تُعْطَى الْمَظْلُومُ حَقُّهُ فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، وَلَا تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ ، كَمَا لَوْ تَبَيَّنَ الْغَلَطُ فِي الثَّمَنِ ، أَوْ الْمُسْلِمِ فِيهِ . قُلْنَا : لِأَنَّ الْغَلَطَ هَهُنَا فِي نَفْسِ الْقِسْمَةِ ، بِتَقْوِيتِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِهَا ، وَهُوَ تَعْدِيلُ السَّهَامِ ، فَتَبْطُلُ لِقَوَاتِ شَرْطِهَا ، وَفِي الْمُسْلِمِ^(٢٤) وَالثَّمَنِ الْغَلَطُ فِي الْقَبْضِ دُونَ الْعَقْدِ ، فَإِنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ بِشُرُوطِهِ ، فَلَا يُؤْثِرُ الْغَلَطُ فِي قَبْضِ عَوْضِهِ فِي صِحَّتِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : إذا اقتصم الشريكان شيئاً ، فبان بعضه مستحقاً ؛ نظرت ، فإن كان

(٢٠) ب : م ؛ د : شهد .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) م : د : منع .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) ب : د : السلم .

(٢٥) في الأصل : د : قسم .

مُعَيَّنًا فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، بَطَلَتْ الْقِسْمَةُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَبْطُلُ ، بَلْ يُخَيَّرُ مَنْ ظَهَرَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِهِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِمَا يَبْقَى مِنْ حَقِّهِ ، كَالْوَجَدِ عَيْنًا فِيمَا أَخَذَهُ . وَنَا ، أَنَّهَا قِسْمَةٌ لَمْ تُعْدَلْ فِيهَا السَّهَامُ ، فَكَانَتْ بَاطِلَةً ، كَالْوَقْعَلَا ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِمَا بِالْحَالِ . وَأَمَّا إِذَا بَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مَعِيًّا ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تُنْتَفِعَ الْمَسْأَلَةُ ، فَنَقُولُ يَبْطُلَانِ الْقِسْمَةُ ؛ لَعَدَمِ التَّعْدِيلِ بِالْقِيَمَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّ الْعَيْبَ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ مِنْهُ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي الْبُطْلَانِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ مَا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْمُسْتَحَقِّ قَدَرُ حَقِّهِ ، وَلِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازَ حَقِّ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ ، وَقَدْ أَفْرَزَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَرَرُ الْمُسْتَحَقِّ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ ، مِثْلُ أَنْ يَسُدَّ طَرِيقَهُ ، أَوْ مَجْرَى مَائِهِ ، أَوْ وَضُوئِهِ ، أَوْ غَيْرَ هَذَا ، فَتَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَمْنَعُ التَّعْدِيلَ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ ، بَطَلَتْ ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ / الْمُسْتَحَقُّ مُشَاعًا فِي نَصِيبِهِمَا^(٢٦) ، بَطَلَتْ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ الثَّالِثَ^(٢٧) شَرِيكُهُمَا وَقَدْ اقْتَسَمَا مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِ وَلَا إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو كَانِ لَهَا شَرِيكَ يَعْلَمَانِهِ ، فَاقْتَسَمَا دُونَهُ . وَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الْمُسْتَحَقَّ حَالَ الْقِسْمَةِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْوَلَمْ يَعْلَمَاهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا ظَهَرَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا عَيْبٌ لَمْ يَعْلَمَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَلَهُ فَسْخُ الْقِسْمَةِ أَوْ الرُّجُوعُ بِأَرْضِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ تَقْصُّ فِي نَصِيبِهِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَالْمُشْتَرِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ فِيهَا شَرْطٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

فصل : وَإِذَا اقْتَسَمَا دَارَتَيْنِ ، فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا ، وَبَنَى فِيهَا ، أَوْ اقْتَسَمَا أَرْضَتَيْنِ ، فَبَنَى أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ أَوْ غَرَسَ ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ نَصِيبَهُ ، وَتَقَضَّى بِنَاؤُهُ ، وَقُلِعَ^(٢٨)

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : نَصِيبُهُمَا .

(٢٧) فِي م : ٥ : الثَّلَاثُ .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : ٥ : وَقُلِعَ .

عَرُسُهُ ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنَصِيفِ الْبِنَاءِ وَالْعَرُسِ . ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ ^(٢٩) أَبُو جَعْفَرٍ ^(٣٠) ، وَحَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ^(٣١) ؛ لِأَنَّهُ بَنَى وَعَرَسَ بِاخْتِيَارِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِتَقْصِي ذَلِكَ عَلَى غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ بَنَى فِي مِلْكِهِ نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ ؛ فَإِنَّ الدَّائِرَيْنِ لَا يَقْسِمَانِ قِسْمَةَ إِجْبَارٍ عَلَى أَنْ تَكُونَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نَصِيبًا ، وَإِنَّمَا يَقْسِمَانِ كَذَلِكَ بِالتَّرَاضَى ، فَتَكُونُ جَارِيَةً مَجْرَى الْبَيْعِ ، وَلَوْ بَاعَهُ الدَّارَ جَمِيعَهَا ، ثُمَّ بَاثَتْ مُسْتَحَقَّةً ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِالْبِنَاءِ كُلَّهُ ، فَإِذَا بَاعَهُ نِصْفَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِنِصْفِهِ ، وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي كُلِّ قِسْمَةٍ جَارِيَةٍ مَجْرَى الْبَيْعِ ، وَهِيَ قِسْمَةُ التَّرَاضَى ، كَالَّذِي ^(٣٢) فِيهِ رَدُّ عَوْضٍ ، وَمَا لَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمَتِهِ لِضَرَرٍ فِيهِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ . فَأَمَّا قِسْمَةُ الْإِجْبَارِ ، إِذَا ظَهَرَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا بَعْدَ الْبِنَاءِ وَالْعَرُسِ فِيهِ ، ^{٥٦/١١} فَتُقْضَى الْبِنَاءُ ، وَقُلْعُ الْعَرُسِ ، فَإِنْ قُلْنَا : الْقِسْمَةُ بَيْعٌ . فَالْحَكْمُ / فِيهَا كَذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَتْ بَيْعًا . لَمْ يَرْجِعْ ؛ لِأَنَّ شَرِيكَهُ لَمْ يُعْرِهِ ، وَلَمْ يَتَّقِلْ ^(٣٣) إِلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ بَيْعٌ ، وَإِنَّمَا أَفْرَزَ حَقَّهُ مِنْ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ لَهُ مَا عَرِمَ فِيهِ . هَذَا الَّذِي يَقْتَضِيهِ قَوْلُ أَصْحَابِنَا .

فصل : وَإِذَا انْقَسَمَ الْوَرِثَةُ تَرَكَةَ الْمَيِّتِ ، ثُمَّ بَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ لَا وِفَاءَ لَهُ إِلَّا مِمَّا اقْتَسَمُوهُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرَكَةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ فِيهَا ، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَا بِغَيْرِ رِضَاهِمَ ، فَأَشْبَهَ تَعَلُّقَ ذَيْنِ الْجَنَائِةِ بِرَبِّةِ الْجَانِي ، وَيُفَارِقُ الرَّهْنَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ ^(٣٤) بِهِ بِرِضَى مَالِكِهِ وَاخْتِيَارِهِ . فَعَلَى هَذَا يُقَالُ لِلْوَرِثَةِ : إِنْ شِئْتُمْ وَفَيْتُمُ الدَّيْنَ وَالْقِسْمَةَ بِحَالِهَا ، وَإِنْ أُبَيْتُمْ ^(٣٥) نَقَضَتِ الْقِسْمَةُ وَبَيَعَتِ التَّرَكَةُ فِي الدَّيْنِ . فَإِنْ أَجَابَ أَحَدُهُمْ ، وَامْتَنَعَ الْآخَرُ ، يَبِيعُ نَصِيبَ الْمُتَمَتِّعِ وَحْدَهُ ، وَيَقْبَى نَصِيبُ الْمُجِيبِ بِحَالِهِ . وَإِنْ كَانَتْ ^(٣٥) تَمَّ وَصِيَّةٌ

(٢٩-٢٩) لم يرد في الأصل .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في م : الذي .

(٣٢) في ب ، م : ينقل .

(٣٣) في ب ، م : يتعلق .

(٣٤) في ب ، م : شتم .

(٣٥) في ب ، م : كان .

بجزء من المَقْسُوم ، فالحكم فيه كالأو^(٣٦) ظهر مُسْتَحَقًّا ، على ما مرَّ من التفصيل فيه ؛
لأنه يُسْتَحَقُّ أَخْذُهُ . وإن كانت الوَصِيَّةُ بِمالٍ غيرِ مُعَيَّن ، مثل أن يوصى بِمِائَةِ دِينَارٍ ،
فحكمها حُكْمُ الدِّينِ ، على ما يَبَيَّنُ .

فصل : وإذا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الْآخَرِ الْمُهَيَّأَةَ مِنْ غَيْرِ قِسْمَةٍ ، إمَّا فِي الْأَجْزَاءِ
بأن يَجْعَلَ لِأَحَدِهِمَا بَعْضَ الدَّارِ يَسْكُنُهَا ، أَوْ بَعْضَ الْحَقْلِ يَزْرَعُهَا ، وَيَسْكُنُ الْآخَرُ ،
وَيَزْرَعُ فِي الْبَاقِي^(٣٧) ، أَوْ يَسْكُنُ أَحَدُهُمَا ، وَيَزْرَعُ سَنَةً ، وَيَسْكُنُ الْآخَرُ ، وَيَزْرَعُ سَنَةً
أُخْرَى ، لَمْ يُجْبِرِ الْمُتَتَبِعُ مِنْهُمَا . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُجْبَرُ ؛
لأنَّ فِي الْإِمْتِنَاعِ مِنْهُ ضَرَرٌ ، فَيَنْتَفِي بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »^(٣٨) .
ووافقنا أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْعَبِيدِ خَاصَّةً ، عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْمُهَيَّأَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُهَيَّأَةَ
مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا كَالْبَيْعِ ، وَلأنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ^(٣٩) الْمَنْفَعَةِ عَاجِلٌ ، فَلَا يَجُوزُ
تَأْخِيرُهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ ، كَالدِّينِ ، وَكَافِي الْعَبِيدِ^(٤٠) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَيُخَالِفُ قِسْمَةَ الْأَصْلِ ،
فإنَّهُ إِفْرَازُ النَّصِيبَيْنِ^(٤١) ، / وَتَمَيِّزُ أَحَدِ الْحَقَّيْنِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُمَا إِنْ^(٤٢) اتَّفَقَا عَلَى
الْمُهَيَّأَةِ ، جَازَ ، لأنَّ الْحَقَّ لهما ، فَجَازَ فِيهِمَا تَرْضَايَا عَلَيْهِ ، كَقِسْمَةِ التَّرَاضِي ، وَلَا يَلْزَمُ ، بَلْ
مَنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا عَنْهَا ، انْتَقَضَتِ الْمُهَيَّأَةُ . وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ،
وَانْتَقَضَتِ الْمُهَيَّأَةُ . وَوَفَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ فِي انْتِقَاضِهَا بِطَلَبِ الْقِسْمَةِ . وَقَالَ
مَالِكٌ : تَلْزَمُ الْمُهَيَّأَةُ ؛ لِأَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، فَلَزِمَتْ ، كَقِسْمَةِ الْأَصْلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
بَذَلُ مَنَافِعٍ لِيَأْخُذَ مَنَافِعَ مِنْ غَيْرِ إِجَارَةٍ ، فَلَمْ يَلْزَمْ ، كَالْوَعْدَةِ شَيْئًا لِيُعِيرَهُ شَيْئًا آخَرَ إِذَا
اِحْتِيَاجٌ إِلَيْهِ ، وَفَارَقَ الْقِسْمَةَ ، فَإِنَّهَا إِفْرَازُ^(٤٣) حَقِّ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) فِي الْأَصْلِ : : الثاني هـ .

(٣٨) ق م : : ضرار هـ . وتقدم ترجمته ، ق : ١٤٠/٤ .

(٣٩) ق ب ، م : : ق هـ .

(٤٠) (٤٠-٤١) سقط من : الْأَصْلِ .

(٤١) ق م : : إذا هـ .

(٤٢) ق الْأَصْلِ : : إقرار هـ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي قَوْمٍ اقْتَسَمُوا دَارًا ، وَحَصَلَ لِبَعْضِهِمْ فِيهَا زِيَادَةُ أَذْرُعَ ، وَلِبَعْضِهِمْ نُقْصَانٌ ، ثُمَّ بَاعُوا الدَّارَ جُمْلَةً وَاحِدَةً : قُسِمَتِ الدَّارُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ الْأَذْرُعِ . يَعْنِي أَنَّ الثَّمَنَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمْ فِيهَا ، وَهَذَا عَمَلٌ عَلَى أَنَّ زِيَادَةَ أَحَدِهِمَا فِي الْأَذْرُعِ كزِيَادَةِ^(٤٣) مِلْكِهِ فِيهَا . مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا الْخُمْسَانُ ، فَيَحْصُلُ لَهُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ ، فَيَحْصُلُ لَهُ سِتُونَ ، فَإِنَّ الثَّمَنَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمَا فِي الدَّارِ ،^(٤٤) فَأَمَّا إِنْ^(٤٥) كَانَتْ زِيَادَةُ الْأَذْرُعِ لَزِدَادَةِ مَا أَخَذَهُ صَاحِبُهَا ، مِثْلُ دَارٍ تَكُونُ^(٤٦) بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَأَخَذَ أَحَدُهُمَا بِنِصْبِهِ مِنْ خِيَدَيْهَا أَرْبَعِينَ ذِرَاعًا ، وَأَخَذَ الْآخَرُ مِنْ رِدْيِهَا سِتِينَ ذِرَاعًا ، فَلَا يَتَّبَعِي أَنْ يُقَسَّمِ الثَّمَنُ عَلَى قَدْرِ الْأَذْرُعِ ، بَلْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ السِّتِينَ هُنَا مَعْدُولَةٌ بِالْأَرْبَعِينَ ، فَكَذَلِكَ يُعَدَّلُ بَهَا^(٤٧) فِي الثَّمَنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي قَوْمٍ اقْتَسَمُوا دَارًا كَانَتْ أَرْبَعَةُ سَطُوحَ ، يَجْرِي عَلَيْهَا الْمَاءُ ، فَلَمَّا اقْتَسَمُوا أَرَادَ أَحَدُهُمْ مَنَعَ جَرِيَانِ مَاءِ الْآخَرِ عَلَيْهِ ، وَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ قَدْ صَارَ لِي . قَالَ : إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا شَرْطٌ أَنَّهُ يَرُدُّ الْمَاءَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ ، فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ . وَوَجْهُهُ أَنَّهُمْ اقْتَسَمُوا الدَّارَ وَأَطْلَقُوا ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنْ يَمْلِكَ / كُلُّ وَاحِدٍ حِصَّتَهُ بِحَقِّهَا ، وَكَأَلَوْ اشْتَرَاهَا بِحَقِّهَا ، وَمِنْ حَقِّهَا جَرِيَانُ مَائِهَا فِي مَاءٍ كَانَ يَجْرِي إِلَيْهِ مُعْتَادًا لَهُ ، وَهُوَ عَلَى سَطْحِ الْمَانِعِ ، فَلِهَذَا اسْتَحَقَّهُ حَالَةَ الْإِطْلَاقِ ، فَإِنْ تَشَارَطَا عَلَى رَدِّهِ ، فَالْشَّرْطُ أَمْلَكَ ، وَالْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِذَا اقْتَسَمَا دَارًا ، فَحَصَلَتِ^(٤٨) الطَّرِيقُ فِي نِصْبِ أَحَدِهِمَا ، وَكَانَ لِنِصْبِ الْآخَرِ مَنَفَعَةٌ يَتَطَرَّقُ مِنْهُ ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَقْتَضِي التَّعْدِيلَ ، وَالنِّصْبُ الَّذِي لَا طَرِيقَ لَهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ إِلَّا قِيَمَةٌ قَلِيلَةٌ ، فَلَا يَحْصُلُ التَّعْدِيلُ ، وَلِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الْإِجْبَارِ عَلَى الْقِسْمَةِ ، أَنْ يَكُونَ مَا يَأْخُذُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ ، وَهَذَا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ أَحَدُهُ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ أَخَذَهُ رَاضِيًا بِهِ ، عَالِمًا بِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ لَهُ ،

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : زِيَادَةُ .

(٤٤-٤٥) فِي ب ، م ، : فَإِنْ .

(٤٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٤٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : فِيهَا .

(٤٧) فِي ب ، م : فَحَصَلَ .

جَازَ ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ التَّرَاضِي يَبِيعُ ، وَشِرَاؤُهُ عَلَى هَذَا الِوَجْهِ جَائِزٌ ، وَقِيَاسُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ ، أَنَّ الطَّرِيقَ تَبْقَى بِمَحَالِهَا فِي نَصِيبِ الْآخَرِ ، مَا لَمْ يَشْتَرِطْ صَرْفُهَا عَنْهُ ، كَمَا جَرَى الْمَاءُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قال : وللاَّبِ وَالْوَصِيِّ قِسْمَةُ مَالِ الصَّغِيرِ مَعَ شَرِيكَهِ ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِمَّا إِفْرَازًا^(٤٨) حَقٌّ ، أَوْ يَبِيعُ ، وَكِلَاهُمَا جَائِزٌ لهُمَا ، وَلِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَصْلَحَةً لِلصَّغِيرِ ، فَجَازَتْ ، كَالشِّرَاءِ لَهُ ، وَيَجُوزُ لهُمَا قِسْمَةُ التَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ فِي الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ دَفْعًا لَضَرَرِ الشَّرَكَةِ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ لَضَرَرِ الْحَاجَةِ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ ، أَوْ الْحَاجَةِ إِلَى التَّقْفَةِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَلَايَةُ الْقَضَاءِ إِلَّا بِتَوَلِّيَةِ الْإِمَامِ ، أَوْ مَنْ فُوِّضَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ ذَلِكَ^(٤٩) ، فَإِنْ كَانَ مَنْ وَلَّاهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ ، فَهَلْ تَصَحُّ وَلايَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَيَلْزَمُ الْإِمَامُ أَنْ يَخْتَارَ لِلْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَفْضَلَ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَهُمْ . وَالْأَلْفَاظُ الَّتِي تَتَعَقَّدُ بِهَا الْوَلَايَةُ تُنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ، الصَّرِيحَةُ سَبْعَةُ أَلْفَاظٍ ؛ وَهِيَ^(٥٠) : قَدْ وَلَّيْتُكَ الْحُكْمَ ، وَقَدْ لَدْتُكَ ، وَاسْتَنْتَيْتُكَ ، وَاسْتَحْلَفْتُكَ ، وَرَدَدْتُ إِلَيْكَ الْحُكْمَ ، وَفَوَّضْتُ إِلَيْكَ ، وَجَعَلْتُ إِلَيْكَ . فَإِذَا وَجَدَ أَحَدُ

٥٨/١١

هَذِهِ الْأَلْفَاظِ مِنَ الْمُؤَلَّى ، وَجَوَّابُهَا مِنَ الْمُؤَلَّى بِالْقَبُولِ ، / انْعَقَدَتِ الْوَلَايَةُ . وَأَمَّا الْكِنَايَةُ ، فَهِيَ أَرْبَعَةُ أَلْفَاظٍ : قَدْ اعْتَمَدْتُ عَلَيْكَ ، وَعَوَّلْتُ عَلَيْكَ ، وَوَكَّلْتُ إِلَيْكَ ، وَاسْتَنْدْتُ إِلَيْكَ . فَلَا تَتَعَقَّدُ الْوَلَايَةُ بِهَا حَتَّى تَقْتَرَنَ بِهَا قَرِينَةٌ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : فَاحْكُمْ فِيمَا وَكَّلْتُ إِلَيْكَ ، وَانْظُرْ فِيمَا اسْتَنْدْتُ إِلَيْكَ ، وَتَوَلَّ مَا عَوَّلْتُ فِيهِ^(٥١) عَلَيْكَ . وَإِذَا صَحَّحَتِ الْوَلَايَةُ ، وَكَانَتْ عَامَّةً ، اسْتِفَادَ بِهَا النَّظَرُ فِي عَشْرَةِ أَشْيَاءَ : فَصْلُ الْخُصُومَاتِ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ ، وَاسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِمَّنْ ثَبَّتَ عَلَيْهِ ، وَدَفْعُهُ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ ، وَالنَّظَرُ فِي أُمُورِ الْيَتَامَى وَالْمَجَانِينِ ، وَالْحَجَرُ عَلَى مَنْ يَرَى الْحَجَرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ^(٥٢) أَوْ فَلَاسٍ ، وَالنَّظَرُ فِي الْوُقُوفِ ، فِي عَمَلِهِ فِي حِفْظِ أُصُولِهَا ، وَإِجْرَاءِ فُرُوعِهَا عَلَى مَا شَرَطَهُ الْوَاقِفُ ، وَتَرْوِيجِ الْأَيَّامِ اللَّاتِي لَا أَوْلِيَاءَ لَهُنَّ ، وَإِقَامَةُ الْحُدُودِ ، وَالنَّظَرُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فِي عَمَلِهِ بِكَيْفِ الْأَدَى عَنْ طُرُقَاتٍ

(٤٨) فِي الْأَصْلِ : إِفْرَازٌ .

(٤٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥١) فِي الْأَصْلِ : بِسَفَهٍ .

المُسْلِمِينَ ، وَأَفْنَيْتَهُمْ ، وَتَصَفَّحَ حَالِ شُهُودِهِ وَأَمَنَاتِهِ ، وَالْأَسْتِئْذَالَ بِمَنْ ثَبَّتَ جَرْحَهُ مِنْهُمْ ، وَالْإِمَامَةَ فِي صَلَاةِ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدِ . وَفِي جَبَايَةِ الْخَرَجِ ، وَأَخِذَ الصَّدَقَةَ وَجِهَانِ .

فصل: ^(٥٢) وَيُوصِي الْوُكَلَاءَ وَالْأَعْوَانَ ^(٥٣) عَلَى بَابِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ تَعَالَى ، وَالرَّفْقِ بِالْخُصُومِ ، وَقَلَّةِ الطَّمَعِ ، وَيَجْتَهِدُ أَنْ لَا ^(٥٤) يَكُونُوا إِلَّا ^(٥٥) شُيُوعًا أَوْ كُهُولًا مِنْ أَهْلِ الدِّينِ وَالصِّيَانَةِ وَالْعَقَّةِ .

فصل: قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : يُكْرَهُ لِلْقَاضِي أَنْ يُفْتِيَ فِي الْأَحْكَامِ . كَانَ شُرَيْعٌ يَقُولُ : أَنَا أَقْضِي وَلَا أُفْتِي . وَأَمَّا الْفُتْيَا فِي الطَّهَارَةِ وَسَائِرِ مَا لَا يُحْكَمُ فِي مِثْلِهِ ، فَلَا تَأْسَ بِالْفُتْيَا فِيهِ ^(٥٥) .

(٥٢) في ب ، زيادة : قال .

(٥٣) في ب ، م : والأعيان .

(٥٤) سقط من : ب ، م .

(٥٥) جاء بعد هذا في م : باب الحضائنة . ولم يرد في سائر المخطوطات ، وقد تقدم ما فيه في : باب من أحق بكفالة الطفل ، في ٤١٢/١ - ٤٣٣ . وبعد البحث تبين أن هذا الباب في م منقول من الشرح الكبير ٢٣٢/٥ - ٢٤١ . فراجع

كتاب الشهادات

والأصل فيها^(١) الكتاب والسنة والإجماع والعبرة ؛ أما الكتاب ، فقول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ ﴾^(٢) . وقال تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾^(٣) . ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾^(٤) . وأما السنة ، فمما رَوَى / وإسئل بن حُجْر ، قال : جاء رجلٌ من حَضْرَمَوْت ، ورجلٌ من كِنْدَةَ ، إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فقالا الحَضْرَمِيُّ : يا رسولَ الله ، إن هذا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضِي . فقال الْكِنْدِيُّ : هِيَ أَرْضِي ، وَفِي يَدِي ، وَلَيْسَ لَهَا فِيهَا حَقٌّ . فقال النَّبِيُّ ﷺ للحَضْرَمِيِّ : « أَلَيْكَ بَيْتَةٌ ؟ » . قال : لَا . قال : « فَلَكَ بَيْتُهُ » . قال : يا رسولَ الله ، الرَّجُلُ فَاجِرٌ لَا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ . قال : « لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ » . قال : فَأَنْطَلَقَ الرَّجُلُ لِيُخْلِفَ لَهُ ، فقال رسولُ الله ﷺ لَمَّا أَذْهَبَ : « لَيْنَ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا ، لَيَلْقَيْنَ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ » . قال التِّرْمِذِيُّ^(٥) : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْعَرَزَمِيُّ^(٦) ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى ، وَالْبَيْعُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ »^(٧) . قال التِّرْمِذِيُّ : هذا حديثٌ في إسناده مقالٌ ، والعَرَزَمِيُّ يُضَعِّفُ فِي الْحَدِيثِ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ ، ضَعَّفَهُ ابْنُ الْمُبَارِكِ وَغَيْرُهُ ، لِأَنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ أَجْمَعُوا عَلَى هَذَا . قال التِّرْمِذِيُّ : وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ

(١) في ب ، م : « في الشهادات »

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٣) سورة الطلاق ٢ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٤٤ / ١٣ .

(٥) في م : « العزمي » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧ / ٦ ، وانظر : ٥٢٥ / ٦ ، ٥٣٠ / ١٠ .

وغيرهم . ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التواجد بين الناس ، فوجب الرجوع إليها . قال شريح : القضاء جَمَرٌ ، فتَحِهْ عَنْكَ بَعْدَيْنِ^(٧) . يعنى الشاهدَينِ . وإنما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فأفرغ الشفاء على الداء^(٨) .

فصل : وتحمل الشهادة وأداؤها قرَضٌ على الكفاية ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْتِ الْشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾^(٩) . وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَكْفُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْفُمْهَا فَإِنَّهُ أَمَسَ لِقَلْبِهِ ﴾^(١٠) . وإنما حصص القلب بالإثم ؛ لأنه موضع العلم بها ، ولأن الشهادة أمانة ، فلزم أداؤها ، كسائر الأمانات . إذا ثبت هذا ، فإن دُعِيَ إلى تحمُّل شهادة في نكاح أو ذنن أو غيره ، لزمته الإجابة ، وإن كانت عنده شهادة فدُعِيَ إلى أدائها ، لزمه ذلك ، فإن قام بالقرض في التحمُّل أو الأداء اثنان ، سقط عن الجميع ، وإن امتنع الكل أئِمُوا ، وإنما / يَأْتُمُ الْمُتَنَبِّعُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌ ، وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضرر في التحمُّل أو الأداء ، أو كان ممن لا تُقْبَلُ شهادته ، أو يحتاج إلى التبديل في التزكية ونحوها ، لم يلزمه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾^(١١) . وقول النبي ﷺ : « لَا ضَرَرٌ وَلَا إِضْرَارٌ »^(١٢) . ولأنه لا يلزمه أن يضُرَّ نفسه لِيَتَنَبَّعَ^(١٣) غيره . وإذا كان ممن لا تُقْبَلُ شهادته ، لم يجب عليه ؛ لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه . وهل يَأْتُمُ بالامتناع إذا وُجِدَ غَيْرُهُ مِمَّنْ يَقُومُ مَقَامَهُ ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يَأْتُمُ ؛ لأنه قد تعيَّن بدعائه ، ولأنه مَنِيهِ عن الامتناع بقوله : ﴿ وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ . والثاني ، لا يَأْتُمُ ؛ لأن غيره يقوم مقامه ، فلا^(١٤) يتعيَّن في حقه ، كالم لم يُدْعَ إليها . فأما قول الله تعالى : ﴿ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ . فقد روى^(١٥) بالفتح والرفع ، فمن رفع فهو خبر ، معناه الشهي ،

٥٩/١١

(٧) انظر : أخبار القضاة ، لوكيع ٢٨٩/٢ .

(٨) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٩) سورة البقرة ٢٨٣ .

(١٠) م : ٥ : ضرار . وتقدم تحريمه ، في : ١٤٠/٤ .

(١١) م : ب ، م : ٥ : لنفع .

(١٢) م : ب ، م : ٥ : فلم .

(١٣) م : ١ : قرئ .

(١٤) وَيَحْتَمِلُ مَعْنَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الْكَاتِبُ فَاعِلًا^(١٤) ؛ أَيْ لَا يُضَرُّ الْكَاتِبُ وَالشَّهِيدُ مَنْ يَدْعُوهُ ، بَأَنْ لَا يُجِيبَ ، أَوْ يَكْتُبَ مَا لَمْ يُسْتَكْتَبْ ، أَوْ يَشْهَدَ مَا لَمْ^(١٥) يُسْتَشْهَدْ بِهِ .
والثاني ، أَنْ يَكُونَ « يُضَارُّ » فِعْلٌ مَا لَمْ يُسَمِّ فَاعِلُهُ ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ وَمَعْنَى الْفَتْحِ وَاحِدًا ؛ أَيْ لَا يُضَرُّ الْكَاتِبُ وَالشَّهِيدُ بَأَنْ^(١٦) يَقْطَعَا عَنْ شُغْلِهِمَا بِالْكِتَابَةِ وَالشَّهَادَةِ ، وَيُمنَعَا حَاجَتَهُمَا . وَاشْتِقَاقُ الشَّهَادَةِ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ يُخْبِرُ عَمَّا يَشَاهِدُهُ . وَقِيلَ :
لِأَنَّ الشَّاهِدَ بِخَبَرِهِ يَجْعَلُ^(١٧) الْحَاكِمَ كَالْمُشَاهِدِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَتُسَمَّى بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّهَا تُبَيِّنُ مَا التَّيَسَّرَ ، وَتُكْشِفُ الْحَقَّ فِيمَا اخْتَلَفَ فِيهِ .

١٨٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْبَلُ فِي الرَّئْيِ إِلَّا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ عُذُولٍ أَوْ أَحْرَارٍ مُسْلِمِينَ)

أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ فِي^(١) الرَّئْيِ أَقَلُّ مِنْ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ . وَقَدْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴾^(٢) . فِي آيٍ سِوَاهَا . وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ^(٣) قَالَ : « أَرْبَعَةٌ ، وَإِلَّا خَدْفِي ظَهْرِي »^(٤) فِي أَتْحَابِ سِوَى هَذَا . وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ^(٥) يُشْتَرَطُ كَوْنُهُمْ مُسْلِمِينَ ، عُذُولًا ، ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا . / وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونُوا رِجَالًا أَوْ أَحْرَارًا ، فَلَا تُقْبَلُ^(٦) شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَلَا الْعَبِيدِ .^(٧) وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَشَدَّ أَبُو ثَوْرٍ ، فَقَالَ : تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الْعَبِيدِ^(٨) .

٥٩/١١ ظ

(١٤-١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) ق ب : بما ؛ .

(١٦) ق ب : أن ؛ .

(١٧) ق ب ، م : جعل ؛ .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) سورة النور ١٣ .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤) تقدم تحريجه ، ق : ٣٧٣/٨ .

(٥) ق ب زيادة : فيه ؛ .

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

وَحَكَى عَنْ عَطَاءٍ ، وَحَمَادٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : تَجُوزُ شَهَادَةُ ثَلَاثَةِ رِجَالٍ وَامْرَأَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ وَاحِدٌ مِنْ عَدَدِ الرِّجَالِ ، فَقَامَ مَقَامَهُ امْرَأَتَانِ ، كَالْأَمْوَالِ . وَلَنَا ، ظَاهِرُ الْآيَةِ ، وَأَنَّ الْعَبْدَ مُخْتَلَفٌ فِي شَهَادَتِهِ فِي الْمَالِ ، فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي الْحَدِّ ؛ لِأَنَّهُ بِالشُّبُهَاتِ (٧) يَنْدَرِي ، وَلَا يَصِحُّ (٨) قِيَاسُ هَذَا عَلَى الْأَمْوَالِ ؛ لِخِفَةِ حُكْمِهَا ، وَشِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَى إِثْبَاتِهَا ، لِكَثْرَةِ وَقُوعِهَا ، وَالْإِخْتِيَاظِ فِي حِفْظِهَا ، وَلِهَذَا زِيدَ فِي عَدَدِ شُهَدَاءِ الرِّئْيِ عَلَى شُهَدَاءِ الْمَالِ .

فصل : وفي الإقرار بالرئى روايتان ، ذكرهما أبو بكر . وللشافعى فيه قولان ؛ أحدهما ، يثبت بشاهدئى ؛ قياساً على سائر الأقارير . والثانى ، لا يثبت إلا بأربعة ؛ لأنه موجب لحَدِّ الرئى ، أشبه فعله .

١٨٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَقْبَلُ فِيمَا سِوَى الْأَمْوَالِ ، مِمَّا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، أَقْلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ)

وهذا القسم نوعان ؛ أحدهما ، العقوبات ، وهى الحدود والقصاص ، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين ، إلا ما روى عن (٩) عطاء ، وحماد ، أنهما قالا : يقبل فيه رجل وامرأتان ؛ قياساً على الشهادة فى الأموال . ولنا ، أن هذا مما يخطأ لِدَرْئِهِ وَإِسْقَاطِهِ ، ولهذا يندرى بالشبهات ، ولا تدعو الحاجة إلى إثباته ، وفى شهادة النساء شبهة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ (١٠) . وأنه لا يقبل شهادتُهن وإن كثرن ، ما لم يكن معهن رجل ، فوجب أن لا تقبل شهادتُهن فيه . ولا يصح قياسُ هذا على المال ، لما ذكرنا من الفرق . وهذا الذى ذكرنا قال سعيد بن المسيب ، والشعبي ، والنخعي ، وحماد ، والزهرى ، وربيع ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ،

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٨) لى ب ، م ، ؛ يصلح .

(٩) لى م ؛ على .

(١٠) سورة البقرة ٢٨٢ .

وأصحاب الرأي . واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ، ما خلا الزنبي ، إلا الحسن ؛ فإنه قال : الشهادة على القتل ، كالشهادة / على الزنبي ؛ لأنه يتعلق به إثلاف النفس ، فأشبه الزنبي . ولنا ، أنه أحد نوعي القصاص ، فأشبه القصاص في الطرْف ، وما ذكره من الوصف لا أثر له ، فإن الزنبي الموجب للحد لا يثبت إلا بأربعة ، ولأن حد الزنبي حق لله تعالى يُقبل الرجوع عن الإقرار به . ويُعتبر في شهادة هذا النوع من الحرية والذكورية والإسلام والعدالة ، ما يُعتبر في شهادة الزنبي ، على ما سنذكره ، إن شاء الله تعالى . الثاني ، ما ليس بعقوبة كالنكاح ، والرجعة ، والطلاق ، والعنق ، والإيلاء ، والظهار ، والنسب ، والتوكيل ، والوصية إليه ، والولاء ، والكتابة ، وأشياء هذا . فقال القاضي : المعمول^(٣) عليه في المذهب ، أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين ، ولا يُقبل فيه شهادة النساء بحال . وقد نص أحمد ، في رواية الجماعة ، على أنه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق . وقد نقل عن أحمد ، في الوكالة : إن كانت بمطالبة دين — يعني تُقبل فيه شهادة رجل وامرأتين — فأما غير ذلك فلا . ووجه ذلك ؛ أن الوكالة في اقتضاء الدين يُقصّد منها المال ، فيُقبل فيها شهادة رجل وامرأتين ، كالحالة . قال القاضي : فيخرج من هذا ، أن النكاح وحقوقه ، من الرجعة وشبهها ، لا تُقبل فيها شهادة النساء ، رواية واحدة ، وما عداه يخرج على روايتين . وقال أبو الخطاب : يخرج في النكاح والعنق أيضاً روايتان ؛ إحداهما ، لا تُقبل فيه إلا شهادة رجلين . وهو قول النخعي ، والزهري ، ومالك ، وأهل المدينة ، والشافعي . وهو قول سعيد بن المسيب ، والحسين ، وربيعة ، في الطلاق . والثانية ، تُقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين . روى ذلك عن جابر بن زيد ، وإياس بن معاوية ، والشعبي ، والثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك في النكاح عن عطاء . واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة ، فيثبت برجل وامرأتين ، كالمال . ولنا ، أنه ليس بحال ، ولا يُقصّد^(٤) منه المال ، ويطلع عليه الرجال ، فلم يكن للنساء في

(٣) في ب : المعمول .

(٤) في ب ، م : المقصود .

٦٠/١١ ط شهادته مدخل ، كالحُدود والقصاص . وما ذكروه لا يصح ، فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح ، وإن تُصَوِّرَ بأن تكون المرأة مُرتابة بالحمل ، لم يصح النكاح .

فصل : وقد نُقِلَ عن أحمد ، رَضِيَ اللهُ عنه ، في الإغسار ما يُدُلُّ على أنه لا يثبت إلا بثلاثة ؛ لحديث قبيصة بن المحارق : « حَتَّى يَشْهَدَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ ، لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَّةً »^(٥) . قال أحمد : هكذا جاء الحديث . فظاهر هذا أنه أخذ به . وروى عنه ، أنه لا يَقْبَلُ قوله^(٦) إنه وصى ، حتى يشهد له رجلان ، أو رجلٌ عدلٌ . فظاهر^(٧) هذا أنه يَقْبَلُ في الوصية شهادة رجل واحد . وقال في الرجل يُوصى ولا يحضره إلا النساء . قال : أُجِزَ شهادة النساء ، فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الأفراد ، إذا لم يحضره الرجال . قال القاضي : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين ، وحديث قبيصة في جل المسألة ، لا في الإغسار .

فصل : ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهدٍ وبيمين المدعى ، لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، فثلاثا يثبت بشهادة واحد وبيمين أولى . قال أحمد ، ومالك ، في الشاهد واليمين : إنما يكون ذلك في الأموال خاصة ، لا يقع في حد ، ولا نكاح ، ولا طلاق ، ولا عتاقة ، ولا سرقة ، ولا قتل . وقد قال الخرقي : إذا ادعى العبد أن سيده أغتقه ، وأتى بشاهد ، حلف مع شاهده ، وصار حراً . ونص عليه أحمد . وقال في شريكتين في عيب ، ادعى كل واحد منهما أن شريكه أغتق حقه منه ، وكانا مُعْسِرَيْنِ عدلين : فليُعْبَد أن يخلف مع كل واحد منهما ويصير حراً ، أو يخلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً . فيخرج مثل هذا في الكتابة ، والولاء ، والوصية ، والوديعة ، والوكالة ، فيكون في الجميع روايتان ، ما خلا العقوبات البدنية ، والنكاح ، وحقوقه ، فإنها لا تثبت بشاهدٍ وبيمين ، قولاً واحداً . قال القاضي : المعمول عليه في جميع ما ذكرناه ، أنه لا يثبت إلا بشاهدين . وهو قول الشافعي . وروى الدارقطني^(٨) ، بإسناده عن أبي سلمة ، عن أبي

(٥) تقدم تخريجه ، في : ١١٩/٤ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) لم نجده عند الدارقطني ، في سننه ، وعزاه السيوطي إلى أبي نعيم ، وابن منده في المعرفة ، والذهلي . الجامع الكبير ١٠٥/١ .

هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اسْتَشْرْتُ جَبْرِيلَ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ ، فَأَشَارَ عَلِيُّ فِي الْأَمْوَالِ ، لَا تَعْدُوا ^(٨) ذَلِكَ » . وقال عمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ؟ / قال : نعم في الأموال . وتفسير الرازي أولى من تفسير غيره . رواه الإمام أحمد ، وغيره ^(٩) ، بإسنادهم .

١٨٨٤ - مسألة : قال : (وَلَا يَقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ أَقْلٌ مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَرَجُلٍ عَدَلَ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَالَ كَالْقَرْضِ ، وَالْعَصَبِ ، وَالذُّيُونِ كُلِّهَا ، وَمَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ كَالْبَيْعِ ، وَالْوَقْفِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالصُّلْحِ ، وَالْمُسَاقَاةِ ، وَالْمُضَارَاةِ ، وَالشَّرَكَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ لَهُ ، وَالْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ؛ كَجِنَايَةِ الْحَطِّ ، وَعَمْدِ الْحَطِّ ، وَالْعَمْدِ الْمُوجِبِ لِلْمَالِ دُونَ الْقصاصِ ، كَالْجَانَفَةِ ، وَمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ مِنَ الشُّجَاعِ ، تَبَيَّنَتْ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ . ^(١٠) وقال أبو بكر : لَا تَبْثُتُ الْجِنَايَةُ فِي الْبَدَنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ^(١١) ؛ لِأَنَّهَا جِنَايَةٌ ، فَأَشْبَهَتْ مَا يُوجِبُ الْقصاصَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَهَا الْمَالَ ، فَأَشْبَهَتْ الْبَيْعَ ، وَفَارَّقَ مَا يُوجِبُ الْقصاصَ ؛ لِأَنَّ الْقصاصَ لَا يَقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، وَكَذَلِكَ مَا يُوجِبُهُ . وَالْمَالُ يَبْثُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَكَذَلِكَ مَا يُوجِبُهُ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْمَالَ يَبْثُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ . وَقَدْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ذَلِكَ فِي كِتَابِهِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ ﴾

(٨) م ، ب ، ٥ تعد .

(٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند / ١ / ٣٢٣ ، وأبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية ، سنن أبي داود / ٢ / ٢٧٧ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين مع الشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى / ١ / ١٦٧ ، ١٦٨ . والشافعي ، انظر : كتاب الأحكام والأفضية ، من ترتيب المسند / ٢ / ١٧٨ .

وأخرجه دون لفظ : نعم في الأموال ، مسلم ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم / ٣ / ١٣٣٧ . وابن ماجه ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه / ٢ / ٧٩٣ . والإمام أحمد ، في : المسند / ١ / ٣٤٨ ، ٣١٥ . (١-١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مِنْ رُجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴿٦١﴾ .
وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ . وقد ذكرنا خبر أبي هريرة ، وابن عباس فيه ^(٦٠) .

فصل : وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال للمدعيه بشاهدين ويمين . وروى ذلك عن أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ^(٦١) ، وعلي ^(٦٢) ، رضي الله عنهم . وهو قول الفقهاء السبعة ، وعمر ابن عبد العزيز ، والحسن ، وشريح ، وإياس ، وعبد الله بن عتبة ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، ويحيى بن يعمر ، وربيعة ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، وأبي الزناد ، والشافعي . وقال الشعبي ، والنخعي ، وأصحاب الرأي ، والأوزاعي : لا يقضى بشاهدين ويمين . وقال محمد بن الحسن : من قضى بالشاهد واليمين ، نقصت حكمه ، لأن الله تعالى قال : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ . فمن زاد في ذلك ، فقد زاد في النص ، والزيادة في النص نسخ ، ولأن النبي ﷺ قال : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » . فحصر اليمين في جانب المدعى عليه ، كما حصر البيينة في جانب المدعى . ولنا ما روى سهيل ، عن أبيه ، عن أبي هريرة ، قال : قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد . رواه سعيد بن منصور ، في « سننه » ، والأئمة من أهل السنن والمسانيد ^(٦٣) ، قال الترمذي : هذا حديث حسن ^(٦٤) غريب ، ٦١/١ ط

(٦٠) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٦١) تقدما في صفحة ١٢٨ ، ١٢٩ .

(٦٢) ما روى عن أبي بكر وعمر وعثمان ، أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢١٥/٤ .

(٦٣) سقط من : ب . وأخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٩٠/٦ . والدارقطني ، في الكتاب السابق . سنن الدارقطني ٢١٢/٤ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٩/١٠ ، ١٧٠ ، ١٧١ .

(٦٤) (٦-٦) في ب ، م : « من أنكر » . والحديث تقدم تخريجه ، في : ٥٨٧/٦ . وانظر : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .
(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٨٩/٦ . من نفس الباب . وابن ماجه ، في : القضاء بالشاهد واليمين . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والبيهقي ، في : باب القضاء باليمين مع الشاهد ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٨/١٠ ، ١٦٩ .

(٨) سقط من : الأصل ، ب .

وفي الباب عن علي ، وابن عباس ، وجابر ، وسرق^(٩) . وقال النسائي^(١٠) : إسناده حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد إسناده جيد . ولأن اليمين تُشترع في حق من ظهر صدقه ، وقوى جانبُه ، ولذلك شُرعت في حق صاحب اليد لقوة جنتيه بها ، وفي حق المتكبر لقوة جنتيه ، فإن الأصل براءة ذمته ، والمُدعى ههنا قد ظهر صدقه ، فوجب أن تُشترع اليمين في حقه . ولا حاجة لهم في الآية ؛ لأنها دلّت على مشروعية الشاهدَيْن ، والشاهد والمرائين ، ولا نزاع في هذا . وقولهم : إن الزيادة في النصّ نسخٌ . غير صحيح ؛ لأنّ النسخ الرُّفْع والإزالة ، والزيادة في الشيء تقرير له ، لا رَفْع ، والحكم بالشاهد واليمين لا يَمْنَعُ الحكم بالشاهدَيْن ، ولا يرفعه ؛ ولأن الزيادة لو كانت متصلةً بالمزيد عليه لم ترفعه ، ولم تكن نسخاً ، فكذلك إذا انفصلت عنه ، ولأن الآية واردة في التحمّل دون الأداء ، ولهذا قال : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾^(١١) . والشَّرَاعُ في الأداء ، وحديثهم ضعيفٌ ، وليس هو للخصر ؛ بدليل أن اليمين تُشترع في حق المُودِع إذا ادَّعى رَدَّ الوديعة وثقلها ، وفي حق الأمانة لظهور جانبهم^(١٢) ، وفي حق المُلَاعِين ، وفي القسامة ، وتُشترع في حق البائع والمُشتري إذا اختلفا في الثمن والسَّلعة قائمة . وقول محمد في نَقْضِ قَضَاءٍ مِنْ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ، يَتَضَمَّنُ الْقَوْلَ بِنَقْضِ قَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، والخلفاء الذين قضوا به ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾^(١٣) . والقضاء بما / قضى به محمد بن عبد الله ﷺ ، أوّلَى من قضاء محمد بن الحسن المُخَالِف له .

فصل : قال القاضي : يجوز أن يخلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه ؛ مثل

(٩) في ب ، م ، : مسروق ؛ تحريف . وانظر : عارضة الأحوذى ٩٠/٦ ، ونصب الرأية ١٠٠/٤ .

(١٠) في السنن الكبرى . انظر : تحفة الأشراف ١٨٧/٥

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) في ا ، ب ، م ، : جنباتهم .

(١٣) سورة النساء ٦٥ .

أن يجحد بخطئه دَيْتَاله على إنسانٍ ، وهو يُعرَفُ أَنَّهُ لَا يَكْتَبُ إِلَّا حَقًّا ، ولم يَذْكُرْهُ ، أو يجحد في رُزْمَانِج^(١٤) أَيِه بخطئه دَيْتَاله على إنسانٍ ، ويُعرَفُ مِن أَيِه الأمانة ، وَأَنَّهُ لَا يَكْتَبُ إِلَّا حَقًّا ، فله أن يَخْلِفَ عليه ، ولا يجوز أن يشهد به ، ولو أخبره بحق أَيِه ثِقَّةً ، فسكّن إليه ، جاز أن يَخْلِفَ عليه ، ولم يجز له أن يشهد به . وهذا قال الشافعي ، والفرق بين اليمين والشهادة من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أن الشهادة لغيره^(١٥) ، فيَحْتَمِلُ أن مَنْ له الشهادة قد زور على خطئه ، ولا يَحْتَمِلُ هذا فيما يَخْلِفُ عليه ؛ لأنَّ الحقَّ إِنَّمَا هو للحالف ، فلا يزور أحدٌ عليه . الثاني ، أن ما يَكْتَبُهُ الإنسان من حُقوقه يَكْثُرُ فيَنسى بعضه ، بخلاف الشهادة .

فصل : وكلّ موضع قِيلَ فيه^(١٦) الشهادة بالشاهد واليمين ، فلا فرق بين كَوْنِ المُدْعَى مُسْلِمًا أو كافرًا ، عَدْلًا أو فاسقًا ، رجلًا أو امرأة . نصُّ عليه أحمد ؛ لأنَّ مَنْ شَرَعَتْ في حقه اليمين لا يَخْتَلِفُ حُكْمُهُ باختلاف هذه الأوصاف ، كالمنكر إذا لم تَكُنْ بَيِّنَةً .

فصل : قال أحمد : مَضَتْ السُّنَّةُ أن يُقْضَى باليمين مع الشاهد الواحد ، فإن أبى أن يَخْلِفَ ، اسْتَحْلِفَ المطلوب . وهذا قول مالك ، والشافعي . ويروى عن أحمد : فإن أبى المَطْلُوبُ أن يَخْلِفَ ، ثَبَتَ الحقُّ عليه .

فصل : ولا تُقْبَلُ شهادة امرأتين ويمين المُدْعَى . وبه قال الشافعي . وقال مالك : يُقْبَلُ ذلك في الأموال ؛ لأنَّهما في الأموال أقيمتا مقام الرجل ، فحلف معهما ، كما يَخْلِفُ مع الرجل . ولنا ، أن البينة على المال إذا خَلَّتْ من رجل لم تُقْبَلْ ، كما لو شهد أربع نسوة ، وما ذكره يُبْطَلُ بهذه الصورة ، فإنَّهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وَجْهٍ ، لكفى أربع نسوة ٦٢/١١ ط مقام رجلين ، ولَقِيلَ^(١٧) في غير / الأموال شهادة رجل وامرأتين ، ولأنَّ شهادة المرأتين ضعيفة ، تقوَّتْ بالرجل ، واليمين ضعيفة ، فيَضُمُّ ضعيف إلى ضعيف ، فلا يُقْبَلُ .

(١٤) أى : دَفَنَهُ .

(١٥) في الأصل : بغيره .

(١٦-١٧) في ب : م : د : الشاهد .

(١٧) في ب : د : وقيل .

فصل : إذا ادَّعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من جزره ، وأقام بذلك شاهداً ، وحلف معه ، أو شهد له بذلك رجل وامرأتان ، وجب له المال^(١٨) المشهود به إن كان باقياً ، أو قيمته إن كان تالفاً ، ولا يجب القطع ؛ لأن هذه حجة في المال دون القطع . وإن ادَّعى على رجل أنه قتل وليه عمداً ، فأقام شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهده ، لم يثبت قصاص ولا دية . والفرق بين المسألتين أن السرقة توجب القطع والعزم معاً ، فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر ، والقتل العمد موجب القصاص عينا ، في إحدى الروايتين ، والدية بدل عنه ، ولا يجب البدل ما لم يوجد موجب^(١٩) المبدل . وفي الرواية الأخرى ، الواجب أحدهما لا بعينه ، فلا يجوز أن يتعين أحدهما إلا بالاختيار ، أو التعذر^(٢٠) ، ولم يوجد واحد منهما . وقال ابن أبي موسى : لا يجب المال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين ؛ لأنها شهادة^(٢١) على فعل يوجب^(٢٢) الحد والمال ، فإذا بطلت في أحدهما^(٢٣) بطلت في الآخر^(٢٤) . والأول أولى ؛ لما ذكرناه . وإن ادَّعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ، ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو شاهداً وحلف معه ، ثبت قتل الثاني ؛ لأنه خطأ موجب المال ، ولم يثبت قتل الأول ؛ لأنه عمد موجب القصاص ، فهما كالجنائيتين المفترقتين . وعلى قول أبي بكر ، لا يثبت شيء منهما ؛ لأن الجنابة عنده لا تثبت إلا بشاهدين ، سواء كان موجبها المال أو غيره . ولو ادَّعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا ، فحلف بالطلاق والعناق ما سرق منه ولا غصبه ، فأقام المدعى شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب ، أو أقام شاهداً وحلف معه ، استحق المروق والمغصوب ؛ لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ، ولم^(٢٥) يثبت طلاق ولا عناق^(٢٦) ؛ لأن هذه

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : ب ، م .

(٢٠) في الأصل : والتعذر .

(٢١) (٢١-٢٢) في الأصل : : توجب .

(٢٢) في ب ، م : : إحداهما .

(٢٣) في ب ، م : : الأخرى .

(٢٤) في الأصل : : ولا .

(٢٥) في الأصل : : عتق .

١١/٦٣ و البيّنة حجة في المال دون الطلاق والعنق . وظاهر مذهب / الشافعي^(٢٦) ، في هذا الفصل كمنهنا ، إلا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا .

فصل : ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده ، وأن ابنها ابنه منها ، ولدت في ملكه ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهديه ، حكم له بالجارية ؛ لأن أم الولد مملوكة له ، ولهذا يملك وطأها وإجارتها وتزويجها ؛ ويثبت لها حكم الاستيلاء بإقراره ؛ لأن إقراره يتفقد في ملكه ، والملك يثبت بالشاهد والمرأتين ، والشاهد واليمين ، ولا يحكم له بالولد ؛ لأنه يدعى نسبه ، والنسب لا يثبت بذلك ، ويدعى حرّيته أيضاً ، فعلى هذا يقر الولد في يد المكنى مملوكاً له . وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : يأخذها وولدها ، ويكون ابنه ؛ لأن من ثبت له العين ثبت له نساؤها ، والولد نساؤها . وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين ، كقولي الشافعي . ولنا ، أنه لم يدع الولد ملكاً ، وإنما يدعى حرّيته ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البيّنة ، فيتعيان على ما كانا عليه .

فصل : وإن ادعى رجل أنه خالعه امرأته ، فأنكرته^(٢٧) ، ثبت ذلك بشاهد وامرأتين ، أو يمين المدعى ؛ لأنه يدعى المال الذي خالعه به . وإن ادعت ذلك المرأة ، لم يثبت إلا بشهادة رجلين ؛ لأنها لا تقصده منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ، ولا يثبت ذلك إلا^(٢٨) بهذه البيّنة .

١٨٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَيَقْبَلُ فِيْمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ ، مِثْلَ الرِّضَاعِ ، وَالْوِلَادَةِ ، وَالْحَيْضِ ، وَالْعِدَةِ ، وَمَا أَشَبَّهَهَا ، شَهَادَةُ امْرَأَةٍ عَدِلٍ^(١))

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة . قال القاضي : والذي يُقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء ؛ الولادة ، والامتنهال ،

(٢٦) في الأصل نهادة ؛ في ظاهر مذهب .

(٢٧) في ب ، م ؛ فأنكرت .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(١) في الأصل : عدلة .

والرِّضَاعُ ، والغُيُوبُ تحتَ الثَّيَابِ كالرِّثْقِ وَالْقَرَنِ وَالْبَكَارَةِ وَالنِّيَابَةِ وَالْبَرَصِ ، وَالنَّقِصَاءُ الْعِدَّةُ . وعن أُنَى حَنِيفَةَ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ مُنفِرِدَاتٍ عَلَى الرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَطْلُعَ عَلَيْهِ مُحَارِمُ الْمَرْأَةِ مِنَ الرُّجَالِ / ، فَلَمْ يُثْبِتْ بِالنِّسَاءِ مُنفِرِدَاتٍ ، كَالنِّكَاحِ^(٢) . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَقْبَةُ بْنُ الْحَارِثِ ، قَالَ : تَزَوَّجْتُ أُمَّ يَحْيَى بِنْتَ أُنَى إِهَابٍ ، فَأَتَتْ أُمَّةً سَوْدَاءَ ، فَقَالَتْ : قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا . فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَأَعْرَضَ عَنِّي ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهَا كَاذِبَةٌ . قَالَ : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ ذَلِكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . وَلِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى عَوْرَةِ لِلنِّسَاءِ فِيهَا مَدْخَلٌ ، فَقَبِلَ فِيهَا شَهَادَةَ النِّسَاءِ كَالْوِلَادَةِ ، وَتَخَالَفَ الْعَقْدُ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ . وَحُكِيَ عَنِ أُنَى حَنِيفَةَ أَيْضًا ، أَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ الْمُنفِرِدَاتِ لَا تُقْبَلُ فِي الْإِسْتِهْلَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ حَالَ الْوِلَادَةِ ، فَيَتَعَدَّرُ حُضُورُ^(٤) الرُّجَالِ ، فَأَشْبَهَ الْوِلَادَةَ نَفْسَهَا . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ أَجَازَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ وَخَذَهَا فِي الْإِسْتِهْلَالِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ^(٥) . إِلَّا أَنَّهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرِ الْجُعْفِيِّ . وَأَجَازَهُ شَرِيحُ ، وَالْحَسَنُ^(٦) ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَحَمَّادٌ .

فصل: إِذَا بَيَّنَّ هَذَا ، فَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُنفِرِدَاتِ . فَإِنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ . وَقَالَ طَاوُسٌ : تَجُوزُ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ فِي الرِّضَاعِ ، وَإِنْ كَانَتْ سَوْدَاءَ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَا تُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا امْرَأَتَانِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَكِيمِ ، وَابْنِ أُنَى لَيْلَى ، وَابْنِ شُبْرَمَةَ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ جِنْسٍ يُثْبِتُ بِهِ الْحَقُّ كَفَى

(٢) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى النِّكَاحِ » .

(٣) تَقْدِيمُ تَفْرِيغِهِ ، فِي : ٣١٠/١١ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : ١ : « حُصُولٌ » .

(٥) وَأَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ فِي الْأَفْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ . مِمَّنْ الدَّارِقُطْنِيُّ ٢٣٣/٤ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي عِدَّةٍ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكَبِيرَى ١٠/١٥١ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ امْرَأَةٍ عَلَى الرِّضَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفِ ٧/٤٨٥ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا تَجُوزُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَفْضِيَةِ . الْمُصَنَّفِ ٦/١٨٧ . وَلَمْ نَجِدْهُ فِي الْمُسْتَدِّ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ١ .

فيه^(٧) اثنان ، كالرجال ، ولأن الرجال أكمل منهم عقلاً^(٨) ، ولا يُقبل منهم إلا اثنان . وقال عثمان البتي : يكفي ثلاث ؛ لأن كل موضع قبل فيه النساء ، كان العدد ثلاثة ، كما لو كان معهن رجل . وقال أبو حنيفة : يُقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة . وقال عطاء ، والشعبي ، وقتادة ، والشافعي ، وأبو ثور : لا يُقبل فيه إلا أربع ؛ لأنها شهادة من شرطها الحرية ، فلم يُقبل فيها الواحدة ، كسائر الشهادات ، ولأن النبي ﷺ قال : « شهادة / امرأتين بشهادة رجل »^(٩) . ولنا ، ما روى عتبة بن الحارث ، أنه قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما ، فبحث إلى النبي ﷺ ، فذكرت له ذلك ، فأعرض عني ، ثم ذكرت له ذلك ، فقال : « وكيف ، وقد زعمت ذلك ! » . مُتفق عليه . وروى حذيفة ، أن النبي ﷺ أجاز^(١٠) شهادة القابلة^(١١) . ذكره الفقهاء في كتبهم . وروى أبو الخطاب ، عن ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « يُجزى في الرضاع شهادة امرأة واحدة »^(١٢) . ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات ، فلا يشترط فيه^(١٣) العدد ، كالرواية وأخبار الديانات . وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية ، غير مُسلم ، وقول النبي ﷺ : « شهادة امرأتين بشهادة رجل » . في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب ترك الحائض الصوم ، من كتاب الحيض . صحيح البخاري ٨٣/١ . ومسلم ، في : باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات ... ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٨٦/١ ، ٨٧ . وأبو داود ، في : باب الدليل على زيادة الإيمان ونقصانه ، من كتاب السنة . سنن أبي داود ٥٢٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في استكمال الإيمان وزيادة ونقصانه ، من أبواب الإيمان . عارضة الأحوذى ٨٢/١ . وابن ماجه ، في : باب فتن النساء ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١٣٢٦/٢ ، ١٣٢٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦٧/٢ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل : « اختار » .

(١٢) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٣٢/٤ ، ٢٣٣ .

(١٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة في الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٨٤/٧ ، أن النبي ﷺ سئل : ما الذي يجوز في الرضاع من الشهود ؟ فقال : « رجل أو امرأة » .

(١٤) في الأصل : « فيها » .

فصل : فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو الخطاب : تُقبل شهادته وحده ؛ لأنه أكمل من المرأة ، فإذا اكتفى بها وحدها ، فلأن يكتفى به أولى ، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة ، قبل فيه قول الرجل ، كالرواية .

١٨٨٦ - مسألة : قال : (وَمَنْ لَزِمَتْهُ الشَّهَادَةُ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِهَا عَلَى الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ ، لَا يَسَعُهُ التَّخَلُّفُ عَنْ إِقَامَتِهَا وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى ذَلِكَ)

وجملته أن أداء الشهادة من فروض الكفايات ، فإن تعيئت عليه ، بأن لا يحتملها من يكفي فيها سيواؤه ، لزمه القيام بها . وإن قام بها اثنان غيره ، سقط عنه أدائها . إذا قبلها الحاكم ، فإن كان تحملها جماعة ، فأدائها واجب على الكل ، إذا امتنعوا أثموا كلهم ، كسائر فروض الكفايات . ودليل وجوبها قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ عَنِ مِثْلِهِ ﴾ ^(١) . وقوله تعالى : ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوِّمِينَ بِالْقِسْطِ شَهَادَةَ اللَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَآلَهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾ ^(٢) . وفي الآية الأخرى : ﴿ كُونُوا قَوِّمِينَ لِّهِ شَهَادَةً بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَتَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَنْ لَا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ ^(٣) . / ولأن الشهادة أمانة ، فلزمه أدائها عند طلبه ، كالودعية ، ولقوله تعالى : ﴿ إِنْ آتَاكُمْ بِهَا فَاغْنُكُمْ عَنْ تِلْكَ الشَّهَادَةِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(٤) . فإن عجز عن إقامتها ، أو تضرر بها ، لم تجب عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ﴾ ^(٥) .

فصل : ومن له كفاية ، فليس له أخذ الجُعَل على الشهادة ؛ لأنه أداء فرض ، فإن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضا . وإن لم تكن له كفاية ، ولا

(١) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٢) سورة النساء ١٣٥ .

(٣) سورة المائدة ٨ .

(٤) سورة النساء ٥٨ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ ، حَلٌّ لَهُ أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّ التَّفَقُّعَ^(٦) عَلَى عِيَالِهِ قَرْضُ عَيْنٍ ، فَلَا يَشْتَغِلُ عَنْهُ بِفَرْضِ الْكِفَايَةِ ، فَإِذَا أَخَذَ الرِّزْقَ جَمَعَ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ . وَإِنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ الشَّهَادَةُ ، اِحْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ، وَاحْتَمَلَ^(٧) أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِغَلَا بِأَخْذِ الْعَوَضِ عَنْ أَدَاءِ قُرُوصِ^(٨) الْأَعْيَانِ^(٩) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأُجْرَةِ لِمَنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ ، وَهَلْ يَجُوزُ لغيرِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

١٨٨٧ - مسألة : قال : (وَمَا أَذْرَكَهُ مِنَ الْفِعْلِ نَظَرًا ، أَوْ سَمِعَهُ يَقْنَأُ ، وَإِنْ لَمْ يَرَ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ ، شَهِدَ بِهِ)

وجملة ذلك أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه ؛ بدليل قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾^(١٠) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا ﴾^(١١) . وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال ؛ لأن العلم بالفؤاد ، وهو مستند إلى السمع والبصر ؛ لأن^(١٢) مدرك الشهادة الرؤيَّة والسماع ، وهما بالبصر والسمع . وروى عن ابن عباس ، أنه قال : سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة ، قال : « هَلْ تَرَى الشَّمْسَ ؟ » . قال : نعم . قال : « عَلَيَّ مِثْلُهَا فَأَشْهَدُ أَوْ دَعُ » . رواه الحلال ، في « الجامع » بإسناده^(١٣) . إذا ثبت هذا ، فإن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان ، الرؤيَّة والسماع ، وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس ،

(٦) في ب ، م : « والتفقه » .

(٧) في الأصل : « وإن احتمل » .

(٨) في ا ، ب ، م : « قرض » .

(٩) في ب ، م : « عين » .

(١٠) سورة الزخرف ٨٦ .

(١١) سورة الإسراء ٣٦ .

(١٢) في ا ، ب ، م : « يستند » .

(١٣) في ب ، م : « ولأن » .

(١٤) وأخرجه الحاكم ، في : باب لا تشهد إلا ما يضيء لك كضياء الشمس ، من كتاب الأحكام . المستدرك ٩٨/٤ . والبيهقي ، في : باب التحقق في الشهادة والعلم بها ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠٦/١٠ . والعقيل ، في : الضعفاء الكبير ٧٠/٤ . وابن عدى ، في : الكامل ٢٢١٣/٦ .

لا حاجة إليها في الشهادة في الأغلب . فأما ما يقع بالروية ، فالأفعال ؛ كالعصب ، والإتلاف ، والزنى ، وشرب الخمر ، وسائر الأفعال ، وكذلك الصفات المربية ؛ كالحيوب / في المبيع ، ونحوها^(٦) ، فهذا لا تتحمل^(٧) الشهادة فيه إلا بالروية ؛ لأنه يمكن الشهادة عليه قطعاً ، فلا يرجع إلى غير ذلك . وأما السماع فتوعان ؛ أحدهما ، من المشهود عليه ، مثل العقود ؛ كالبيع ، والإجارة ، وغيرهما من الأقوال ، فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين يقيناً^(٨) ، ولا تعتبر رؤية المتعاقدين ، إذا عرفهما ، وثيقن أنه كلامهما . وهذا قال ابن عباس ، والزهرى ، وربيعة ، والليث ، وشريح ، وعطاء ، وابن أبي ليلى ، ومالك . وذهب أبو حنيفة ، والشافعي ، إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه ؛ لأن الأصوات تثبت ، فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية ، كالخط . ولنا ، أنه عرف المشهود عليه يقيناً ، فجازت شهادته عليه ، كما لو رآه . وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وإنما تجوز الشهادة لمن^(٩) عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً ، وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ، ولهذا قبلت رواية الأعمى ، ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محاربهن . وأما النوع الثاني ، فستذكره إن شاء الله تعالى في المسألة التي تلي هذا .

فصل : إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه ، جاز أن يشهد عليه ، حاضرًا كان أو غائبًا ، وإن لم يعرف ذلك ، لم يجوز أن يشهد عليه مع غيبته ، وجاز أن يشهد عليه حاضرًا بمعرفة عينه . نص عليه أحمد . قال مهنا : سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل ، وهو لا يعرف اسم هذا ، ولا اسم هذا ، إلا أنه يشهد له ، فقال : إذا قال : أشهد أن لهذا على هذا . وهما شاهدان جميعاً ، فلا بأس ، وإن كان غائبًا ، فلا يشهد حتى يعرف اسمه .

فصل : والمرأة كالرجل ، في أنه إذا عرفها وعرف اسمها ونسبها ، جاز أن يشهد عليها

(٦) في الأصل : « ونحو هذا » .

(٧) في الأصل : « يتحمل » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في الأصل : « بمن » .

٦٥/١١ ط مع غَيْبَتِهَا . وإن لم يعرفها ، لم يشهد عليها مع غَيْبَتِهَا . قال أحمد ، / في رواية الجماعة : لا يشهد^(١٠) إلا لمن يعرف^(١١) ، وعلى من يعرف^(١٢) ، ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها ، وإن كانت ممن قد^(١٣) عَرَفَ اسمها ، ودُعِيَتْ ، وذَهَبَتْ ، وجاءت ، فليشهد ، وإلا فلا يشهد ، فأما إن لم يعرفها ، فلا يجوز أن يشهد مع غَيْبَتِهَا . ويجوز أن يشهد على غَيْبَتِهَا^(١٤) إذا عَرَفَ غَيْبَتِهَا^(١٥) ، ونظر إلى وجهها . قال أحمد : ولا يشهد على امرأة ، حتى ينظر إلى وجهها . وهذا محمول على الشهادة على من لم يتقن معرفتها . فأما من يتقن معرفتها ، وعرف صَوْنَهَا^(١٦) يقيناً ، فيجوز أن يشهد عليها إذا تقن صَوْنَهَا ، على ما قد منه في المسألة قبلها . فإن لم يعرف المشهود عليه ، فعرفه عنده من يعرفه ، فقد روى عن أحمد ، أنه قال : لا يشهد على شهادة غيره إلا بعرفته لها . وقال : لا يجوز للرجل أن يقول للرجل : أنا أشهد أن هذه فلانة . ويشهد على شهادته . وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره . وقال القاضي : يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب ، لتجوز الشهادة بالاستيفاضة . وظاهر قوله المنع منه . وقال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا بإذن زوجها . وهذا يحتل أنه لا يَدْخُلُ عليها بيتها ليشهد عليها إلا بإذن زوجها ، لما روى عمرو بن العاص قال : نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء إلا بإذن أزواجهن . رواه أحمد ، في « مستناده »^(١٧) . فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجائزة^(١٨) ، لأن إقرارها صحيح ، ونصرها إذا كانت رشيدة صحيحة ، فجاز أن يشهد عليها به .

فصل : وإذا عرف الشاهد خطئه ، ولم يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز له أن يشهد له^(١٩) بذلك ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يجوز له^(٢٠) أن يشهد بها . قال أحمد في رواية حَرْب ،

(١٠) في م : تشهد .

(١١) في م : تعرف .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : غيبها .

(١٤) في ١ ، ب ، م : بصورتها .

(١٥) المسند ٢٠٣/٤ .

(١٦) في الأصل ، ١ : فجائز .

(١٧) سقط من : ١ ، ب ، م .

في مَنْ يَرَى خَطَّهُ وَخَاتَمَهُ وَلَا يَذْكُرُ الشَّهَادَةَ ، قَالَ : لَا يَشْهَدُ إِلَّا بِمَا يَعْلَمُ . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ غَيْرِهِ : يَشْهَدُ^(١٨) إِذَا عَرَفَ خَطَّهُ ، وَكَيْفَ تُكُونُ الشَّهَادَةُ إِلَّا هَكَذَا ؟ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : إِذَا عَرَفَ خَطَّهُ ، وَلَمْ يَحْفَظْ ، فَلَا يَشْهَدُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَنْسُوحًا عِنْدَهُ ، مَوْضُوعًا تَحْتَ خُتْمِهِ وَجِرْزِهِ ، فَيَشْهَدُ ، وَإِنْ^(١٩) لَمْ يَحْفَظْ . وَقَالَ^(٢٠) أَيْضًا : إِذَا كَانَ رَدِيءَ الْجِفِظِ ، فَيَشْهَدُ وَيَكْتُبُهَا عِنْدَهُ^(٢١) . وَهَذِهِ^(٢٢) رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، وَهِيَ أَنَّهُ^(٢٣) يَشْهَدُ إِذَا كَانَتْ مَكْتُوبَةً عِنْدَهُ بِخَطِّهِ فِي جِرْزِهِ ، وَلَا يَشْهَدُ إِذَا لَمْ تُكُنْ كَذَلِكَ ،^(٢٤) بِمَنْزِلَةِ الْقَاضِي ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، إِذَا وَجَدَ حُكْمَهُ بِخَطِّهِ تَحْتَ خُتْمِهِ أَمْضَاهُ ، وَلَا يُمَضِّيه^(٢٥) إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ^(٢٦) .

١٨٨٨ - مسألة : قَالَ : (وَمَا نَظَاهَرَتْ بِهِ الْأَخْبَارُ ، وَاسْتَقَرَّتْ مَعْرِفَتُهُ فِي قَلْبِهِ ، شَهِدَ بِهِ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى النَّسَبِ وَالْوِلَاةِ)

هَذَا النُّوعُ الثَّانِي مِنَ السَّمَاعِ ، وَهُوَ مَا يَعْلَمُهُ بِالِاسْتِفَاضَةِ . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى صَحَّةِ الشَّهَادَةِ بِهَا فِي النَّسَبِ وَالْوِلَاةِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّرِ : أَمَّا النَّسَبُ فَلَا أَعْلَمُ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مَنَعَ مِنْهُ ، وَلَوْ مَنَعَ ذَلِكَ لَأَسْتَحَالَّتْ^(١) مَعْرِفَتُهُ وَالشَّهَادَةُ^(٢) بِهِ ؛ إِذْ لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ قَطْعًا غَيْرِهِ ، وَلَا تُمَكِّنُ الْمُشَاهَدَةُ فِيهِ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَتِ الْمُشَاهَدَةُ ، لَمَا عَرَفَ أَحَدٌ أَبَاهُ ، وَلَا أُمَّهُ ، وَلَا أَحَدًا مِنْ

(١٨) سقط من : ب ، م .

(١٩) سقطت الواو من : الأصل .

(٢٠) في الأصل بعد هذا : محمد .

(٢١) سقط من : أ .

(٢٢) في الأصل ، أ : وهذا .

(٢٣) في م : أن .

(٢٤-٢٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٥) في الأصل بعد هذا : إلا .

(١-٢) في ب ، م : معرفة الشهادة .

أقاربه. وقد^(٢) قال: قال الله تعالى: ﴿يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ آبَاءَهُمْ﴾^(٣). واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستيفاضة، غير النسب والولادة، فقال أصحابنا: هو تسعة أشياء: النكاح، والملك المطلق، والوقف، ومصرفه، والموت، والعق، والولاء، والولاية، والعزل. وهذا قال^(٤) أبو سعيد الإصطخري، وبعض^(٥) أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: لا تجوز في الوقف والولاء والعق والزوجة؛ لأن الشهادة مُمَكِّنَةٌ فيه بالقطع، فإنها^(٦) شهادة^(٧) بَعْقِدُ، فأشبهه سائر العقود. وقال أبو حنيفة: لا تُقْبَلُ^(٨) إلا في النكاح، والموت، ولا تُقْبَلُ^(٩) في الملك المطلق؛ لأنها^(١٠) شهادة بمال، أشبه الدين. وقال صاحبنا: تُقْبَلُ في الولاء، مثل عكرمة مولى ابن عباس. ولنا، أن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها، أو مشاهدة أسبابها، فجازت الشهادة عليها بالاستيفاضة كالنسب. قال مالك: ليس عندنا من يشهد على أخباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماح. وقال مالك: السماع في الأخباس والولاء جائز. وقال أحمد، في رواية المروزي: اشهد أن / دار بختان لبختان، وإن لم يشهدك. وقيل له: تشهد أن فلانة امرأة فلان، ولم تشهد النكاح؟ فقال: نعم، إذا كان مُستفيضًا، فأشهد أقول: إن فاطمة ابنة رسول الله ﷺ، وإن تحديجة وعائشة زوجاته^(١١)، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة. فإن قيل: يُمَكِّنُهُ^(١٢) العلم في هذه الأشياء بمشاهدة السبب. قلنا: وجود السبب لا يُفِيدُ العلم بكونه سببًا يَقِينًا، فإنه يجوز أن يشتري ما ليس بملك البائع^(١٣)، ويصطاد صيدًا صاده غيره، ثم انفلت منه، وإن تُصَوِّرَ ذلك، فهو نادِرٌ.

(٢) سقطت: و قد من: ١، ب، م.

(٣) سورة البقرة ١٤٦.

(٤-٥) سقط من: الأصل.

(٥) في الأصل، ١: و فإنه.

(٦) في ١: و يشاهد.

(٧-٨) سقط من: الأصل. نقل نظر.

(٨) في الأصل، ١: لأنه.

(٩) في ب، م: و زوجه.

(١٠) في الأصل بعد هذا: أهل.

(١١) في الأصل: و للبائع.

وقول أصحاب الشافعي: **تُمْكِنُ الشَّهَادَةُ فِي الْوَقْفِ بِاللَّفْظِ** . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ بِالْعُقُودِ هُنَا ، وَإِنَّمَا يُشْهَدُ بِالْوَقْفِ الْحَاصِلِ بِالْعَقْدِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمِلْكِ ، وَكَذَلِكَ يُشْهَدُ بِالزَّوْجِيَّةِ دُونَ الْعَقْدِ ، وَكَذَلِكَ الْحُرِّيَّةُ^(١٢) وَالْوَلَاءُ ، وَهَذِهِ جَمِيعُهَا لَا يُمَكِّنُ الْقَطْعُ بِهَا ، كَمَا لَا يُمَكِّنُ الْقَطْعُ بِالْمِلْكِ ؛ لِأَنَّهَا مُرْتَبَةٌ عَلَى الْمِلْكِ ، فَوَجِبَ أَنْ تَجُوزَ الشَّهَادَةُ فِيهَا بِالِاسْتِيفَاضَةِ^(١٣) ، كَالْمِلْكِ سَوَاءً . قَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ عِنْدَنَا مَنْ يُشْهَدُ^(١٤) عَلَى أَخْبَاسِ أَصْحَابِ^(١٥) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، إِلَّا عَلَى السَّمَاعِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَكَلَامُ أَحْمَدَ وَالْخِرَقِيِّ ، يَقْتَضِي أَنْ لَا يُشْهَدَ بِالِاسْتِيفَاضَةِ حَتَّى تُكْثَرَ بِهِ الْأَخْبَارُ ، وَيَسْمَعَهُ مِنْ عَدَدٍ كَثِيرٍ يَحْصُلُ بِهِ الْعِلْمُ ؛ لِقَوْلِ الْخِرَقِيِّ : مَا^(١٦) تَظَاهَرَتْ بِهِ الْأَخْبَارُ ، وَاسْتَقَرَّتْ مَعْرِفَتُهُ فِي قَلْبِهِ^(١٧) . يَعْنِي حَصَلَ الْعِلْمُ بِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » أَنَّهُ يَكْفِي أَنْ يَسْمَعَ مِنْ اثْنَيْنِ عَدْلَيْنِ ، وَيَسْكُنُ قَلْبُهُ إِلَى خَبَرِهَا ؛ لِأَنَّ الْحُقُوقَ ثَبُتَتْ بِقَوْلِ اثْنَيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ هُوَ الَّذِي يَقْتَضِيهِ لَفْظُ الْاسْتِيفَاضَةِ ،^(١٨) فَإِنَّهَا مَأْخُودَةٌ^(١٩) مِنْ فَيْضِ الْمَاءِ ؛ لِكَثَرَتِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ اكْتَفَى فِيهِ بِقَوْلِ اثْنَيْنِ ، لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ مَا يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، وَإِنَّمَا اكْتَفَى بِمُجَرَّدِ السَّمَاعِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ دَارٌ أَوْ عَقَارٌ ، يَتَصَرَّفُ^(٢٠) فِيهَا تَصَرُّفَ الْمَالِكِ بِالسَّكْنَى ، وَالْإِعَارَةِ / ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالْعِمَارَةِ ، وَالْهَدْمِ ، وَالْبِنَاءِ ، مِنْ غَيْرِ مُنَازَعٍ ، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : يَجُوزُ أَنْ يُشْهَدَ لَهُ بِمِلْكِهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالْإِسْطَخْرِيِّ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُشْهَدَ إِلَّا بِمَا شَاهَدَهُ^(٢١)

(١٢) فِي الْأَصْلِ : : الْحُرِّيَّةُ .

(١٣) فِي إِهَادَةِ : : حَتَّى يَكْبُرَ .

(١٤) فِي ١ ، ب ، م : : شَهِدَ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(١٦) فِي ب ، م : : فِيمَا .

(١٧) فِي ١ ، ب ، م : : الْقَلْبُ .

(١٨-١٩) فِي الْأَصْلِ : : فَإِنَّهُ مَأْخُودٌ .

(١٩) فِي ١ : : وَيَتَصَرَّفُ .

(٢٠) فِي ١ ، ب : : يَشَاهِدُهُ .

من اليد^(٢١) والتصرف ؛ لأنَّ اليد ليست مُنحصرة في الملك ، وقد تكون بإجارة وإعارة وعَصَب . وهذا قول بعض^(٢٢) أصحاب الشافعي . ووجه الأول ، أنَّ اليد دليل على^(٢٣) الملك ، واستمرارها من غير مُنازع يُقويها ، فجزأت مجرى الاستيفاضة ، فجاز أن يشهد بها ، كما لو شاهد سبب اليد ،^(٢٤) من بيع ، أو إرث أو هبة ، واحتمال كونها عن عَصَب أو إجارة ، يُعارضه^(٢٥) استمرار اليد من غير مُنازع ، فلا يبقى مانعاً ، كما لو شاهد سبب اليد^(٢٦) ؛ فإنَّ احتمال كون البائع غير مالك ، والوارث والواهب ، لا يمنع الشهادة . كذا هُنا . فإن قيل : فإذا بقي الاختال لم يحصل العلم ، ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم . قلنا : الظنُّ يُسمى علماً ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ ﴾^(٢٧) . ولا سبيل إلى العلم اليقيني هُنا ، فجازت بالظن .

فصل : وإذا سمع رجلاً يقول لصبي : هذا ابني . جاز أن يشهد به ، لأنه مُقرُّ بنسبه . وإن سمع الصبي يقول : هذا أبي . والرجل يسمعه ، فسكت ، جاز أن يشهد أيضاً ؛ لأنَّ سكوت الأب إقرار له ، والإقرار يثبت به^(٢٨) النسب ، فجازت الشهادة به ، وإنما أقيم السكوت هُنا مقام الإقرار ؛ لأنَّ الإقرار على الاتيساب الباطل غير^(٢٩) جائز ، بخلاف سائر الدعاوى ، ولأنَّ النسب يغلب فيه الإثبات ، ألا ترى أنه يلحق بالإمكان في النكاح . وذكر أبو الخطاب أنه يَحْتَمِلُ أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر ؛ لأنَّ السكوت ليس بإقرار حقيقي ، وإنما أقيم مقامه ، فاعتبرت تقويته بالتكرار ، كما اعتبرت ثبوت^(٣٠) اليد في العقار بالاستمرار .

(٢١) في ب ، م : الملك واليد .

(٢٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٢٥) ٢٥-٢٥ سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٦) في الأصل : معارض .

(٢٧) سورة المتحنة : ١٠ .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) سقط من : ١ .

فصل : وإذا شهد عدلان أن فلاناً مات ، وخلف من الورثة فلاناً وفلاناً ، لا تعلم له وارثاً غيرهما ، قُبِلَتْ شهادتهما . وبهذا قال : أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، / والعنبري . وقال ابن أبي ليلى : لا تُقْبَلُ حتى يبين^(٣٠) أنه لا وارث له سواهما . ولنا ، أن هذا ممّا لا يُمكنُ علمه ، فكفى^(٣١) فيه الظاهر ، مع شهادة الأصل بعدم^(٣٢) وارث آخر . قال أبو الخطاب : سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة ، أو لم يكونا^(٣٣) . ويُحتمل أن لا تُقْبَلَ إلا من أهل الخبرة الباطنة ، لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه ، بخلاف أهل الخبرة الباطنة ، فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر ، لم يخف عليهم . وهذا قول الشافعي . فأما إن قالوا : لا تعلم له وارثاً بهذه البلدة ، أو بأرض كذا وكذا : لم تُقْبَل . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، وعمر . وقال أبو حنيفة : يُقضى به ، كالأول قالوا : لا تعلم له وارثاً . وذكر ذلك مذهبا لأحمد أيضا . ولنا ، أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث ؛ لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الأرض ، ويعلمان أن^(٣٤) له وارثاً^(٣٥) في غيرها ، فلم تُقْبَلْ شهادتهما ، كالأول قالوا : لا تعلم له وارثاً في هذا البيت .

١٨٨٩ - مسألة : قال : (مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ عَاقِلًا ، مُسْلِمًا ، بَالِغًا ، عَدْلًا ، لَمْ يَجْزُ^(١) شهادته)

وجملته أنه^(٢) يُعتَبَرُ في الشَّاهِدِ سَبْعَةُ شُرُوطٍ : أحدها ، أن يكون عاقلاً ، ولا يُقْبَلُ شهادة من ليس بعقل ، إجماعاً . قاله ابن المنذر . وسواء ذهب عقله بجُنُونٍ أو سُكْرِ أو

(٣٠) في الأصل : : ثبت .

(٣١) في ١ ، م : : فيكفى . وفي ب : : يكفى .

(٣٢) في ب : : لعدم .

(٣٣) في الأصل : : يكونوا .

(٣٤) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٣٥) في الأصل ، ١ : : ولنا .

(١) في الهادة : : له .

(٢) في م : : أن .

طُفْرِيَّةٌ ؛ وذلك لأنه ليس بِمُحْصِلٍ ، ولا تَحْصُلُ الثَّقَةُ بقوله ، ولأنه لا يَأْتُمُ بِكَذِبِهِ ، ولا يتَحَرَّزُ منه . الثاني ، أن يكون مُسْلِمًا ، ونذكر هذا فيما بعد إن شاء الله تعالى . الثالث ، أن يكون بالغًا ، فلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ صَبِيٍّ لم يَبْلُغْ بِحَالٍ ، يَرَوِي هذا عن ابن عباس ^(٣) . وبه قال القاسم ، وسالم ، وعطاء ، ومكحول ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ^(٤) ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة ، وأصحابه . وعن أحمد ، رحمه الله ، رواية أخرى ، أن شهادتهم تُقْبَلُ في الجراح ، إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تَجَارَحُوا عليها ، ^(٥) فإن تَفَرَّقُوا لم تُقْبَلْ شهادتهم ^(٦) . وهذا قول مالك ؛ لأن الظاهر صِدْقُهُمْ وَصِحَّتُهُمْ ، فإن تَفَرَّقُوا لم تُقْبَلْ شهادتهم ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أن يُلْقِنُوا . قال ابن الزبير / ٦٨/١١
 إن أُجِدُوا عند مُصَابِ ذلك ، فبالْحَرِيِّ أن يَعْقِلُوا وَيَحْفَظُوا ^(٧) . وعن الزهري ، أن شهادتهم جائزة ، وَيُسْتَحْلَفُ أَوْلِيَاءُ الْمَشْجُوجِ . وذكره عن ^(٨) مروان . وروى عن أحمد ، رواية ثالثة ، أن شهادته تُقْبَلُ إذا كان ابن عشرين . قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية ، تُقْبَلُ شهادتهم في غير الحدود والقيصاص ، كالْعَبِيدِ ^(٩) . وروى عن علي ، رضى الله عنه ، أن شهادة بعضهم تُقْبَلُ على بعض ^(١٠) . وروى ذلك عن شُرَيْح ^(١١) ، والحسن ، والنخعي . قال إبراهيم : كانوا يُجِيزُونَ شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم . قال الْمُغِيرَةُ : وكان أصحابنا لا يُجِيزُونَ شهادتهم على رجلٍ ، ولا على عبيد . وروى الإمام أحمد ^(١٢) ، بإسناده عن مسروق ، قال : كُنَّا عِنْدَ عَلِيٍّ ، فَجَاءَهُ خَمْسَةُ غِلْمَةٍ فَقَالُوا : إِنَّا ^(١٣) كُنَّا سِتَّةَ غِلْمَةٍ تَتَغَاطُّ ، فَغَرِقَ مِنَّا غُلَامٌ . فَشَهِدَ الثَّلَاثَةُ عَلَى الْاِثْنَيْنِ أَنَّهُمَا غَرَقَاهُ ، وَشَهِدَ الْاِثْنَانِ عَلَى الثَّلَاثَةِ أَنَّهُمْ

-
- (٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من رد شهادة الصبيان ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦١/١٠ ، ١٦٢ .
 وعبد الرزاق ، في : باب شهادة الصبيان ، من كتاب الشهادات . المصنف ٣٤٩ ، ٣٤٨/٨ .
 (٤) في : أ ، ب ، م ، د أبو عبيدة .
 (٥-٥) سقط من : م .
 (٦) في الأصل : ابن .
 (٧) في : أ ، ب ، د : كالعبد .
 (٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة الصبيان ، من كتاب الشهادات . المصنف ٣٥١ ، ٣٥٠/٨ .
 (٩) سقط من : ب .
 (١٠) سقط من : ١ .

عَرَفُوهُ^(١١) ، فجعلَ على الاثنين ثلاثة أحماس الدِّية ، وجعلَ على الثلاثة حُمسَها^(١٢) . وقضى بنحو هذا مسروق . والمذهب أن شهادتهم لا تُقبلُ في شيء ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾^(١٣) . وقال : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾^(١٤) . وقال : ﴿ مِنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(١٥) . والصبيُّ ممن لا يرضى . وقال : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ عَنِ مَقْبِلِهِ ﴾^(١٦) . فأخبر أن الشاهد الكاتمَ لشهادته آثمٌ ، والصبيُّ لا يأثمُ ، فيدُلُّ على أنه ليس بشاهد ؛ لأنَّ الصبيَّ لا يخاف من مآثم الكذب ، فيزعه عنه ، ويمنعه منه ، فلا تحصل الثقة بقوله ، ولأنَّ من لا يُقبلُ قوله على نفسه في الإقرار ، لا يُقبلُ شهادته على غيره ، كالحجوني ، يُحقِّقُ هذا أن الإقرار أوسع ؛ لأنه يُقبلُ من الكافر والفاسق والمرأة ، ولا تصحُّ الشهادةُ منهم ، ولأنَّ من لا يُقبلُ شهادته في المال ، لا يُقبلُ في الجراح ، كالفساق ، ومن لا يُقبلُ شهادته على من ليس بمثله ، لا يُقبلُ على مثله ، كالحجوني . الشرط الرابع ، العدالة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ . ولا يُقبلُ شهادةُ الفاسق لذلك ، ولقول الله تعالى : ﴿ إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾^(١٧) . فأمر بالتَّوَقُّفِ عن^(١٨) كتمان الفاسق ، والشهادةُ تَبَيُّاً ، فيجبُ التَّوَقُّفُ عنه . وقد روى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا عَائِنَةٍ ، وَلَا مَخْذُودٍ فِي الْإِسْلَامِ ، وَلَا ذِي غَمَرٍ^(١٩) عَلَى أَخِيهِ » . رواه أبو عبيد^(٢٠) . وكان أبو عبيد لا يراه خصمٌ

(١١) من هنأ إلى آخر قوله : الثالث من تكفره ، وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية ، ورد في الأصل في أثناء فصل في قراءة القرآن بالألحان . ويشغل بقية ورقة ٧٦ و ٧٦ ط ، وبعض ورقة ٧٧ و . اضطراب .

(١٢) أخرجه ابن حزم ، في : كتاب الشهادات . المحل ٦١٤/١٠ .

(١٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٤) سورة الطلاق ٢ .

(١٥) سورة البقرة ٢٨٣ .

(١٦) سورة الحجرات ٦ .

(١٧) في الأصل : « على » .

(١٨) الغمر : الشحنة والعداوة ، وكذلك الإحنة . غرِبَ الحديث ١٥٤/٢ .

(١٩) في : غرِبَ الحديث ١٥٣/٢ .

وأخرجه أبو داود ، في : باب من ترد شهادته ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٥/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من لا تجوز شهادته ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذى ١٧١/٩ ، ١٧٢ . وابن ماجه ، في : باب من لا -

بالخائن والحائنة أمانات الناس ، بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه ، من صغير ذلك وكبيره ، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ ﴾ الآية (١٠) . وروى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه قال : لا يؤسر (١١) رجل بغير العُدول (١٢) . ولأن دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب مَحْظُورَاتِ الدِّين ، فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب ، فلا تحصل الثقة بغيره . إذا تقرر هذا ، فالفسوق نوعان ؛ أحدهما ، من حيث الأفعال ؛ فلا تعلم خلافا في ردّ شهادته . والثاني ، من جهة الاعتقاد ، وهو اعتقاد البدعة ، فيوجب ردّ الشهادة أيضا . وبه قال مالك ، وشريك ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . قال (١٣) شريك : أربعة لا تجوز شهادتهم ؛ رافضى يزعم أن له إماما مفترضة طاعته . وخارجى يزعم أن الدنيا دار حرب . وقدرى يزعم أن المشيئة إليه . ومرجى . وردّ شهادة يعقوب (١٤) ، وقال : ألا أردّ شهادة (١٥) قوم يزعمون أن الصلاة ليست من الإيمان ؟ وقال أبو حامد (١٦) ، من أصحاب الشافعى : المُخْتَلِفُونَ على ثلاثة أضرب ؛ ضرب اختلّفوا في الفروع ، فهؤلاء لا يفسقون بذلك ، ولا تردّ شهادتهم ، وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين . الثاني ، من نفسقه ولا تكفره ، وهو من سب القرابة ، كالخوارج ، أو سب الصحابة ، كالروافضى ، فلا تُقبَلُ لهم شهادة لذلك . الثالث ، من تكفره ، وهو من قال بخُلُقِ القرآن ، ونفى الرؤية ، وأضاف المشيئة إلى نفسه ، فلا تُقبَلُ له شهادة . وذكر القاضى أبو يعلى مثل هذا سواء . قال :

= تجوز شهادته ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٠٤/٢ ، ٢٠٨ ، ٢٢٥ .

(٢٠) سورة الأحزاب ٧٢ .

(٢١) أى : لا يمس .

(٢٢) أخرجه مالك ، فى : باب ما جاء فى الشهادات ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٢٠/٢ . والبيهقى ، فى : باب لا يجوز شهادة غير عدل ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٦٦/١٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما ذكر فى شهادة الزور ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٢٥٨/٧ .

(٢٣) فى الأصل ، م : « وقال » .

(٢٤) لم تعرف من المقصود يعقوب . وشريك من رجال القرن الأول .

(٢٥-٢٥) فى م : « من يزعم » .

(٢٦) أبو حامد أحمد بن محمد الإسفرايى ، شيخ طريقة الشافعية بالعراق ، توفى سنة ست وأربع مائة . طبقات الشافعية الكبرى ٦١/٤ - ٧٤ .

وقال أحمد : ما تعجبني شهادة الجهمية ، والرأفة ، والقدرية المعلية^(٢٧) . وظاهر قول الشافعي ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبي حنيفة وأصحابه ، قبول شهادة أهل الأهواء . وأجاز سوار شهادة ناس من بني العتير ، ممن يرى الاعتزال .^(٢٨) قال الشافعي^(٢٨) : إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض ، كالخطابية ، وهم أصحاب أبي الخطاب^(٢٩) . يشهد بعضهم لبعض بتصديقه . ووجه قول من أجاز شهادتهم ، أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام ، أشبه الاختلاف في الفروع ، ولأن فسقهم لا يبدل على كذبهم ؛ لكونهم ذهبوا إلى ذلك تدينًا واعتقادًا أنه الحق ، ولم يرتكبوه عابدين بتخريمه ، بخلاف فسق الأفعال . قال أبو الخطاب : ويخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، أن الفسق الذي يدين به من جهة الاعتقاد لا يترد الشهادة به . وروى^(٣٠) عن أحمد جواز الرواية عن القدرى / ، إذا لم يكن داعية ، فكذلك الشهادة . ولنا ، أنه أحد نوعي الفسق ، فترد به الشهادة ، كالنوع الآخر ؛ ولأن المبتدع فاسق ، فترد شهادته ، للآية والمعنى . الشرط الخامس ، أن يكون متيقظًا حافظًا^(٣١) لما يشهد به ، فإن كان مغفلًا ، أو مغرورًا بكثرة الغلط ، لم تقبل شهادته . الشرط السادس ، أن يكون ذا مروءة . الشرط السابع ، انتفاء الموانع . وسنشرح هذه الشروط^(٣٢) في مواضعها ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ظاهر كلام الجرجسي ، أن شهادة البدوي على من هو من أهل القرية ، وشهادة أهل القرية على البدوي ، صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط . وهو قول ابن سيرين ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وأبي ثور . واختاره أبو الخطاب . وقال الإمام أحمد : أخشى أن لا تقبل شهادة البدوي على صاحب القرية . فيتحمل هذا أن لا تقبل شهادته . وهو قول

(٢٧) في ا ، ب ، م ، : المعلنة .

(٢٨-٢٩) سقط من : الأصل .

(٢٩) أبو الخطاب محمد بن أبي زهب الأسدي الأجدع ، مولى بني أسد ، من الغالين ، زعم أن الأئمة أنبياء ثم آفة ، ولما وقف عيسى بن موسى صاحب المنصور على حيث دعوته قتله . الملل والنحل ١/ ٣٨٠ ، ٣٨١ .

(٣٠) في م : وقد روى .

(٣١) سقط من : الأصل .

جماعة من أصحابنا ، ومذهب أبي عبيد . وقال مالك كقول أصحابنا ، فيما عدا الجراح ، وكقول الباقرين في الجراح احتياطاً للدماء . واحتج أصحابنا بما روى أبو داود^(٣٢) ، في « سننه » ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لا تجوز شهادة بدوي على^(٣٣) صاحب قرية » . ولأنه متهمة ، حيث عدل عن أن يشهد قروياً ويشهد بدوياً . قال أبو عبيد : ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحق الله تعالى ، والجفاء في الدين . ولنا ، أن من قبلت شهادته على أهل البدو ، قبلت شهادته على أهل القرية^(٣٤) ، كأهل القرى ، ويحمل الحديث على من لم^(٣٥) تعرف عدالته من أهل^(٣٦) البدو ، ونخصه بهذا ؛ لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم ، فيعرف عدالته .

١٨٩٠ - مسألة : قال : (وَالْعَدْلُ مَنْ لَمْ تَنْظَرْ مِنْهُ رِيَّةً . وَهَذَا قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ التَّحِمِيِّ ، وَاسْحَاقٍ)

وجملته أن العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله . قال القاضي : يكون ذلك في الدين والعمارة والأحكام . أما الدين^(٣٧) فإن لا^(٣٨) يرتكب كبيرة ، ولا بدوياً على صغيرة ، فإن الله تعالى / انتهى^(٣٩) أن^(٤٠) تقبل شهادة القاذف ، فيعاس عليه كل مرتكب كبيرة ، ولا^{٦٩/١١} يُحرّجه عن العدل في فعل صغيرة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبِيرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ ﴾^(٤١) . قيل : اللمم صغار الذنوب . ولأن التحرر منها غير ممكن ، جاء عن

(٣٢) في : باب شهادة البدوي على أهل الأنصار ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من لا تجوز شهادته ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٣ .

(٣٣) في ١ ، ب ، م ، د : عن ٤ .

(٣٤-٣٤) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٣٥) في الأصل : د لا ٤ .

(١) في الأصل : د مذهب ٤ .

(٢-٢) في ب ، م ، د : فلا ٤ .

(٣) في م : ه أمر ٤ .

(٤) في م زيادة : د لا ٤ .

(٥) سورة النجم ٣٢ .

النَّبِيُّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ :

إِنْ تَغْفِرِ اللَّهُمَّ تَغْفِرْ جَمًّا
وَأَيُّ عَبْدٍ لَكَ لَا أَلْمَا^(١)

أَيُّ لَمْ يُلْمَ . فَإِنَّ « لَا » مَعَ الْمَاضِي بِمَنْزِلَةِ « لَمْ » مَعَ الْمُسْتَقْبَلِ . وَقِيلَ : اللَّيْمُ أَنْ يُلْمَ بِالذَّنْبِ ، ثُمَّ لَا يَعُودَ فِيهِ . وَالْكَبَائِرُ كُلُّ مَعْصِيَةٍ فِيهَا حُدٌّ^(٢) ، وَالْإِشْرَاقُ بِاللَّهِ ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ ، وَشَهَادَةُ الزُّورِ ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ . وَرَوَى أَبُو بَكْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلَا أَنْبِئُكُمْ بِأَكْبَرِ الْكَبَائِرِ ؟ الْإِشْرَاقُ بِاللَّهِ ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ » . وَكَانَ مُتَكِيًا فَجَلَسَ ، فَقَالَ : « أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ ، وَشَهَادَةُ^(٣) الزُّورِ » . فَمَا زَالَ يُكَرِّرُهَا حَتَّى قُلْنَا : لَيْتَهُ سَكَتَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . قَالَ أَحْمَدُ : لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ آكِلِ الرِّبَا ، وَالْعَاقِ ، وَقَاطِعِ الرَّجِيمِ ، وَلَا تَقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ لَا يُؤَدِّي زَكَاةَ مَالِهِ ، وَإِذَا أُخْرِجَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ الْأَصْطُوانَةُ^(٥) وَالْكَيْفَ لَا يَكُونُ عَدْلًا ، وَلَا يَكُونُ ابْنُهُ عَدْلًا إِذَا وَرِثَ أَبَاهُ حَتَّى يَرُدَّ مَا أَخَذَ^(٦) مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا يَكُونُ عَدْلًا إِذَا كَذَبَ الْكَذِبَ الشَّدِيدَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ شَهَادَةَ رَجُلٍ فِي كَذِبِهِ^(٧) . وَقَالَ : عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ ، وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا مَجْلُودٍ فِي حَدٍّ ، وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَى

(٦) أخرجه الترمذی ، فی : باب تفسیر سورة النجم ، من أبواب التفسیر . عارضة الأحوذی ١٢/١٧٣ . والحاكم ، فی : باب تفسیر سورة النجم ، من کتاب التفسیر . المستدرک ٢/٤٦٩ . والطبری ، فی : تفسیر سورة النجم ، الآية ٣٢ . تفسیر الطبری ١٧/٦٦ .

والرجز من الشواهد النحویة ، انظر : معجم شواهد العربیة ٢/٥٣٠ .

(٧) سقط من : ب .

(٨) فی م : « وقول » .

(٩) أخرجه البخاری ، فی : باب ما قبل فی شهادة الزور ، من کتاب الشهادات ، وفي : باب عقوق الوالدین من الکبر ، من کتاب الأدب ، وفي : باب من اتکأ بین یدئ أصحابه ، من کتاب الاستئذان . صحیح البخاری ٣/٢٢٥ ، ٤/٨٠ ، ٧٦ . ومسلم ، فی : باب بیان الکبائر وأکبرها ، من کتاب الإیمان . صحیح مسلم ١/٩١ .

كما أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی عقوق الوالدین ، من أبواب البی . وفي : باب ما جاء فی شهادة الزور ، من أبواب الشهادات ، وفي : باب تفسیر سورة النساء ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذی ٨/٩٧ ، ٩/١٧٥ ، ١٠/١٥٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فی : للمستند ٥/٣٦-٣٨ .

(١٠) فی م : « والأستوانة » .

(١١) فی ب ، م : « أخذ » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، فی : باب من رد شهادته ، من کتاب الأقضية . سنن أبی داود ٢/٢٧٥ . وابن ماجه ، فی : باب من لا تجوز شهادته . من کتاب الأحکام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٢ . والإمام أحمد ، فی : للمستند ٢/١٨١ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ ، ٢٢٥ .

أَخِيهِ فِي عَدَاوَةٍ ، وَلَا الْقَانِيعَ ^(١٣) لِأَهْلِ الْبَيْتِ ، وَلَا مُجْرِبَ عَلَيْهِ شَهَادَةُ زُورٍ ، وَلَا ظَلِيمٍ فِي وَلَاءِهِ ، وَلَا قَرَابَةَ ^(١٤) . وَقَدْ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١٥) ، وَفِيهِ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا زَانٍ وَلَا زَانِيَةٍ ، وَلَا ذِي غِمَرٍ عَلَى أَخِيهِ » . فَأَمَّا الصَّغَائِرُ ، فَإِنْ كَانَ مُصَرًّا عَلَيْهَا ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ مِنْ ^(١٦) أَمْرِهِ الطَّاعَاتِ ، لَمْ يَرُدَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ عَدَمِ إِمْكَانِ التَّحَرُّرِ مِنْهُ . فَأَمَّا الْمَرْوَةُ فَاجْتِنَابُ الْأُمُورِ الدُّنْيَا الْمُرِيَّةِ بِهِ ، وَذَلِكَ / نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مِنَ الْأَفْعَالِ ، كَالْأَكْلِ فِي السُّوقِ . يَعْنِي بِهِ الَّذِي يَنْصَبُ مَائِدَةً فِي السُّوقِ ، ثُمَّ يَأْكُلُ وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ . وَلَا يَعْنِي بِهِ ^(١٧) أَكَلَ الشَّيْءِ الْيَسِيرِ ، كَالْكِسْرَةِ وَنَحْوِهَا . وَإِنْ كَانَ يَكْشِفُ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَغَطُّيَّتِهِ مِنْ بَدَنِهِ ، أَوْ يُمَدِّدُ رِجْلَيْهِ فِي مَجْمَعِ النَّاسِ ، أَوْ يَتَمَسَّخَرُ بِمَا يُضْحِكُ النَّاسَ بِهِ ، أَوْ يُخَاطَبُ أَمْرَأَتَهُ أَوْ جَارِيَتَهُ أَوْ غَيْرَهُمَا بِحَضْرَةِ النَّاسِ بِالْخُطَابِ الْفَاجِحِ ، أَوْ يُحَدِّثُ النَّاسَ بِمُبَاضَعَةٍ ^(١٨) أَهْلِهِ ، وَنَحْوِ هَذَا مِنَ الْأَفْعَالِ الدُّنْيَا ، ففَاعِلٌ هَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا سُخْفٌ وَذَنَاءَةٌ ، فَمَنْ رَضِيَهِ لِنَفْسِهِ وَاسْتَحْسَنَهُ ، فَلَيْسَتْ لَهُ مَرْوَةٌ ، فَلَا تَحْصُلُ الثَّقَةُ بِقَوْلِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ شَتَمَ بَهِيمَةً : قَالَ الصَّالِحُونَ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ حَتَّى يَتُوبَ . وَقَدْ رَوَى أَبُو مَسْعُودٍ الْبَدْرِيُّ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ مِمَّا أَذْرَكَ النَّاسُ مِنْ كَلَامِ النَّبِيِّ الْأَوَّلَى ، إِذَا لَمْ تُسْتَجِبْ فَاصْتَجِبْ مَا شِئْتَ » ^(١٩) . يَعْنِي مَنْ لَمْ يَسْتَجِبْ ^(٢٠) صَنَعَ مَا شَاءَ . وَلِأَنَّ الْمَرْوَةَ تَمْنَعُ الْكُذْبَ ، وَتَرْجُرُ عَنْهُ ، وَلِهَذَا يَمْتَنِعُ مِنْهُ ذُو الْمَرْوَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا دِينٍ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي سَفْيَانَ ، أَنَّهُ حِينَ سَأَلَهُ قَيْصَرٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَصِفَتِهِ قَالَ : وَاللَّهِ لَوْلَا أَنِّي كَرِهْتُ أَنْ يُؤَثَّرَ عَنِّي الْكُذْبُ ، لَكَذَّبْتُهُ ^(٢١) . وَلَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ ذَا

(١٣) فِي النِّسْبَةِ : « الْقَانِيعُ » . وَالْقَانِعُ : هُوَ الَّذِي يَنْتَفِقُ عَلَيْهِ أَهْلُ الْبَيْتِ .

(١٤) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِيهِ مِنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ ، مِنْ أَبْوَابِ الشَّهَادَاتِ . عَارِضَةُ الْأَعْمَدِيِّ ١٧١/٩ .

(١٥) فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ .

(١٦) فِي ب : « فِي » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا .

(١٨) فِي أ : « بِمُبَاضَعَةٍ » .

(١٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَدِيثِ أَبِي إِيمَانَ ، أَخْبَرَنَا شُعَيْبٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١٥/٤ . وَأَبُو

دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْحَيَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٥٥٢/٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْحَيَاءِ ، مِنْ كِتَابِ

الرِّهْدِ ١٤٠٠/٢ .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، ا : « يَسْتَجِبُ » . وَهِيَ بِمَعْنَى .

(٢١) انْظُرْ : مَا تَقْدِمُ فِي تَخْرِيجِ حَدِيثِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى قَيْصَرٍ ، فِي صَفْحَةِ ٧٤ .

دين . ولأن الكذب دَنَاءَةٌ ، والمُرُوءَةُ تَمْنَعُ مِنَ ^(٢٢) الدَنَاءَةِ . وإذا كانت المُرُوءَةُ مانعة من الكذب ، اغْتَبِرَتْ في العَدَالَةِ ، كالَّذِينَ ، وَمَنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ هَذَا مُحْتَظًّا بِهِ ، لَمْ يَمْنَعْ مِنْ قَبُولِ شَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ مُرُوءَتَهُ لَا تَسْقُطُ بِهِ . وكذلك إِنْ فَعَلَهُ مَرَّةً ، أَوْ شَيْئًا قَلِيلًا ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ صَغِيرَ الْمَعَاصِي لَا يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ إِذَا قُلَّ ، فَهَذَا أَوَّلَى ، وَلِأَنَّ الْمُرُوءَةَ لَا تَحْتَلُّ بِقَلِيلٍ هَذَا ، مَا لَمْ تُكُنْ عَادَةً ^(٢٣) . النوع الثاني ، فِي الصَّنَاعَاتِ الدُّنْيَوِيَّةِ ؛ كَالْكَسَاجِ وَالْكُنَّاسِ ، لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » أَنَّ رَجُلًا أَتَى ابْنَ عُمَرَ ، فَقَالَ لَهُ : إِنِّي رَجُلٌ كُنَّاسٌ . فَقَالَ : أَيُّ شَيْءٍ تُكْنَسُ ، الرَّبْلُ ؟ . قَالَ : لَا . قَالَ : الْعِذْرَةُ ؟ . قَالَ : نَعَمْ . ^(٢٤) قَالَ : مِنْهُ كَسَبَتِ الْمَالُ ، وَمِنْهُ تَزَوَّجْتُ ، وَمِنْهُ حَجَجْتُ ؟ . قَالَ : نَعَمْ ^(٢٥) . قَالَ : / الْأَجْرُ خَبِيثٌ ، وَمَا تَزَوَّجْتَ خَبِيثٌ ، حَتَّى تُخْرَجَ مِنْهُ كَادَ خَلَّتْ فِيهِ . ^(٢٦) وعن ابن عباسٍ مثله فِي الكَسَاجِ ^(٢٧) . وَلِأَنَّ هَذَا دَنَاءَةٌ يَجْتَنِبُهَا أَهْلُ الْمُرُوءَاتِ ، فَأَشْبَهَ الَّذِي قَبْلَهُ . فَأَمَّا الرَّبَالُ وَالْقِرَادُ ^(٢٨) وَالْحِجَامُ وَخَوْمُهُمْ ، فَبِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ دَنَاءَةٌ يَجْتَنِبُهَا أَهْلُ الْمُرُوءَاتِ ، فَهُوَ ^(٢٩) كَالَّذِي قَبْلَهُ . الْآخَرُ ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ إِلَيْهِ حَاجَةٌ . فَعَلِ هَذَا الْوَجْهَ ، إِنَّمَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِذَا كَانَ يَتَنَظَّفُ لِلصَّلَاةِ فِي وَجْهِهَا وَيُصَلِّيُهَا ، فَإِنْ صَلَّى بِالنَّجَاسَةِ ، لَمْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَأَمَّا الْحَائِكُ وَالْحَارِسُ وَالِدُّبَاغُ ، فَهِيَ أَعْلَى مِنْ هَذِهِ الصَّنَائِعِ ، فَلَا تُرَدُّ بِهَا الشَّهَادَةُ . وَذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ فِي جُمْلَةٍ مَا فِيهِ وَجْهَانِ . وَأَمَّا سَائِرُ الصَّنَاعَاتِ الَّتِي لَا دَنَاءَةَ فِيهَا ، فَلَا تُرَدُّ الشَّهَادَةُ بِهَا ، إِلَّا مَنْ كَانَ مِنْهُمْ يَخْلِفُ كَاذِبًا ، أَوْ يَعِدُ وَيُخْلِفُ ، وَغَلَبَ هَذَا عَلَيْهِ ، فَإِنْ شَهَادَتُهُ تُرَدُّ . وَكَذَلِكَ مَنْ كَانَ مِنْهُمْ يُؤَخِّرُ الصَّلَاةَ عَنْ أَوقَاتِهَا ، أَوْ لَا يَتَنَزَّهُ عَنْ النَّجَاسَاتِ ، فَلَا شَهَادَةَ لَهُ ، وَمَنْ كَانَتْ صِنَاعَتُهُ مُحَرَّمَةً ؛ كَصَانِعِ الْمَزَامِيرِ وَالطَّنَابِيرِ ،

(٢٢) فِي ١ : ٤ .

(٢٣) فِي م : ٥ : عَادَتُهُ .

(٢٤-٢٥) سَقَطَ مِنْ : ١ . نَقْلُ نَظَرٍ .

(٢٥) تَقْدِيمُ ل : ١٣٢/٨ . وَانْظُرْ : الْمُهَلَّ ٣٠/٩ .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، ب . وَالْقِرَادُ : سَائِلُ الْقِرْدِ . وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ مَقْصُودَ مَنَزَعِ الْقِرَادِ مِنَ الدُّوَابِّ .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فلا شهادة له . ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا ، كالصائغ والصيرفي ، ولم يتوق ذلك ، رُدَّتْ شهادته .

فصل : في اللُّعْب : كُلُّ لُعْبٍ فِيهِ قِمَارٌ ، فَهُوَ مُحَرَّمٌ ، أَيْ لُعْبُ كَانَ^(٢٨) ، وَهُوَ مِنَ الْمَيْسِرِ الَّذِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِاجْتِنَابِهِ ، وَمَنْ تَكَرَّرَ مِنْ ذَلِكَ رُدَّتْ شهادته . وما خلا من القمار ، وهو اللُّعْبُ الَّذِي لَا عَوْضَ فِيهِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، وَلَا مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَمِنْهُ مَا هُوَ مُحَرَّمٌ ، وَمِنْهُ مَا هُوَ مُبَاحٌ ؛ فَأَمَّا الْمُحَرَّمُ فَاللُّعْبُ بِالنَّرْدِ^(٢٩) . وهذا قولُ أُنَى حَنِيفَةٍ ، وَأَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وقال بعضهم : هو مَكْرُوهٌ ، غَيْرُ مُحَرَّمٍ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو مُوسَى ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ^(٣٠) : « مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ شَبِيرٌ ، فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ » . وَرَوَى بُرَيْدَةُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ شَبِيرٌ ، فَكَأَنَّمَا عَمَسَ يَدَهُ فِي لَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَدَمِهِ » . وَرَأَاهُمَا أَبُو دَاوُدَ^(٣١) . وَكَانَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ إِذَا مَرَّ عَلَى أَصْحَابِ النَّرْدِ شَبِيرٌ ، لَمْ يُسَلِّمْ عَلَيْهِمْ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَمَنْ تَكَرَّرَ مِنْهُ اللَّعِبُ بِهِ^(٣٢) ، لَمْ تُقْبَلْ لَهُ^(٣٣) شَهَادَةٌ^(٣٤) ، سَوَاءٌ لَعِبَ بِهِ قِمَارًا أَوْ غَيْرَ قِمَارٍ . / وهذا قولُ أُنَى حَنِيفَةٍ ، وَمَالِكٍ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . قَالَ مَالِكٌ : مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ وَالشُّطْرُنِجِ ، فَلَا أَرَى شهادته طَائِلَةً ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ ﴾^(٣٥) . وهذا ليس مِنَ الْحَقِّ ، فَيَكُونُ مِنَ الضَّلَالِ .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) في الأصل ، أ ، ب زيادة : « محرم » .

(٣٠) في م : « قال » .

(٣١) في : باب في النهي عن اللعب بالنرد ، من كتاب الأدب . متن أبي داود ٥٨٢/٢ .

كما أخرجهما ابن ماجه ، في : باب اللعب بالنرد ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ١٢٣٧/٢ ، ١٢٣٨ .

كما أخرجه الأول الإمام مالك ، في : باب ما جاء في النرد ، من كتاب الرقي . الموطأ ٩٥٨/٢ . والإمام أحمد ، في :

المسند ٣٩٤/٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٠ . والحاكم ، في : كتاب الإيمان . المستدرک ٥٠/١ .

وأخرج الثاني أيضا مسلم ، في : باب تحريم اللعب بالنردشير ، من كتاب الشعر . صحيح مسلم ١٧٧٠/٤ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٢/٥ ، ٣٥٧ ، ٣٦١ .

(٣٢) سقط من : أ .

(٣٣-٣٤) في م : « شهادته » .

(٣٤) سورة يونس ٣٢ .

فصل : فأما الشطرنج فهو كالترد في التحريم ، إلا أن الترد أكد منه في التحريم ؛ لورود النص في تحريمه ، لكن هذا في معناه ، فيثبت فيه حكمه ، قياساً عليه . وذكر القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه ؛ على بن أبي طالب ، وابن عمر ، وابن عباس ^(٣٥) ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، وعروة ، وعمر بن علي ^(٣٦) ، وابن الجهم ، ومطرأ الوراق ^(٣٧) ، ومالك . وهو قول أبي حنيفة . وذهب الشافعي إلى إباحته . وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة ، وسعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبيرة . واحتجوا بأن الأصل الإباحة ، ولم يرد بتحريمها نص ، ولا هي في معنى المنصوص ^(٣٨) عليه ، فبقي على الإباحة . ويشارك الشطرنج الترد من وجهين ؛ أحدهما ، أن في الشطرنج تدمير الحرب ، فأشبهت ^(٣٩) اللعب بالحرب ، والرمي بالنشاب ، والمساابقة بالخيول . والثاني ، أن المعول في الترد ما يخرج الكعبتين ^(٤٠) ، فأشبه الأزلأم ، والمعول في الشطرنج على جذقه وتدمير ، فأشبه المساابقة بالسهام . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ ^(٤١) . قال علي ، رضي الله عنه : الشطرنج من الميسر ^(٤٢) . ومرو علي ، رضي الله عنه ، على قوم يلعبون بالشطرنج ، فقال : ﴿ مَا هَذِهِ التَّمَائِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ ﴾ ^(٤٣) . قال أحمد :

(٣٥) انظر : ما أخرجه البيهقي ، في : باب الاختلاف في اللعب بالشطرنج ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ٢١٢/١٠ .

(٣٦-٣٧) سقط من : الأصل . وهو أبو جعفر الباقر ، الإمام ، توفي سنة أربع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٤٠١-٤٠٩ .

(٣٧) مطر بن طهمان الوراق الخراساني الزاهد ، توفي سنة تسع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٥٢٢/٥ ، ٤٥٣ .

(٣٨) في م : المنصوص .

(٣٩) في م : فأشبهه .

(٤٠) الكعبة في الترد : ما يعرف اليوم بالزهرة . وهي قطعة مكعبة يمين على كل وجه منها نقاط تمثل رقما .

(٤١) سورة المائدة ٩٠ .

(٤٢) أخرج اللفظان البيهقي ، في : باب الاختلاف في اللعب بالشطرنج ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ٢١٢/١٠ . وأخرج الأول ابن أبي شيبة ، في : باب في اللعب بالترد وما جاء فيه ، من كتاب الأدب . المصنف ٥٤٨/٨ . وأخرج الثاني أيضا ، في : باب في اللعب بالشطرنج ، الكتاب نفسه . المصنف ٥٥٠/٨ . وما اقتضاه على رضي الله عنه ، هو الآية ٥٢ من سورة الأنبياء .

أَصَحُّ مَا فِي الشُّطْرَيْجِ ، قَوْلُ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى وَائِلَةُ بْنُ الْأَسْنَعِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَنْظُرُ فِي كُلِّ يَوْمٍ ثَلَاثِينَ نَظْرَةً ، لَيْسَ لِصَاحِبِ الشَّوْ فِيهَا نَصِيبٌ » . رَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ بِإِسْنَادِهِ ^(٤٣) . وَلَئِنَّ لَعِبَ بَصْدُ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَعَنِ الصَّلَاةِ ، فَأَشْبَهَ اللَّعِبَ بِالْتَرْدِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا نَصُ فِيهَا . قَدْ ذَكَرْنَا فِيهَا نَصًا ، وَهِيَ أَيْضًا فِي مَعْنَى التَّرْدِ الْمُتَّصِصِ عَلَى تَحْرِيمِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ ^(٤٤) فِيهَا تَذْيِيرٌ الْحَرْبِ . قُلْنَا : لَا يَقْصُدُ هَذَا مِنْهَا ، وَأَكْثَرُ اللَّاعِبِينَ / بِهَا إِنَّمَا يَقْصِدُونَ مِنْهَا اللَّعِبَ وَالْقِمَارَ ^(٤٥) . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمُعْوَلَ فِيهَا عَلَى تَذْيِيرِهِ . فَهَذَا ^(٤٦) أُلْبِغَ فِي اشْتِغَالِهِ بِهَا ، وَصَدَّهَا عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَالصَّلَاةِ ^(٤٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَقَالَ أَحْمَدُ : التَّرْدُ أَشَدُّ مِنَ الشُّطْرَيْجِ . وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ ؛ لِتُرُودِ النَّصِّ فِي التَّرْدِ ، وَالْإِجْمَاعِ عَلَى تَحْرِيمِهَا ، بِخِلَافِ الشُّطْرَيْجِ . وَإِذَا ثَبَتَ تَحْرِيمُهَا ^(٤٨) ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ كَالْتَّرْدِ فِي رَدِّ الشَّهَادَةِ بِهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَمَّا خَفِيفَةٌ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ مِثْلُهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِنْ فَعَلَهُ مَنْ يَتَّقِي تَحْرِيمَهُ ، فَهُوَ كَالْتَّرْدِ فِي حَقِّهِ ، وَإِنْ فَعَلَهُ مَنْ يَتَّقِي إِبَاحَتَهُ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَشْغَلَهُ عَنِ الصَّلَاةِ فِي أَوْقَاتِهَا ، أَوْ يُخْرِجَهُ ^(٤٩) إِلَى الْحَلِيفِ الْكَاذِبِ ، وَغَوِيٍّ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ، أَوْ يَلْعَبَ بِهَا عَلَى الطَّرِيقِ ، أَوْ يَقْلُ فِي لَعِبِهِ مَا يَسْتَحْفُفُ بِهِ مِنْ أَجَلِهِ ، وَنَحْوِ هَذَا ، مِمَّا يُخْرِجُهُ عَنِ الْمُرُوءَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ .

فصل : واللَّاعِبُ بِالْحَمَامِ يُطَيَّرُهَا ، لَا شَهَادَةَ لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَكَانَ شَرِيحٌ لَا يُجِيزُ شَهَادَةَ صَاحِبِ حَمَامٍ وَلَا حَمَامٍ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ وَقِلَّةٌ مُرُوءَةٌ ، وَيَتَضَمَّنُ أَذَى الْجِيرَانِ بِطَيَّرِهِ ، وَإِشْرَافَهُ عَلَى دُورِهِمْ ، وَرَمْيَهُ ^(٥٠) إِيَّاهَا بِالْحِجَارَةِ . وَقَدْ

(٤٣) وأخرجه ابن حبان ، في المروحين ٢/٢٩٧ ، وابن الجوزي ، في العلل المتناهية ٢/٢٩٧ . وانظر حاشيته .

وصاحب الشاه : من يلعب بالشطرنج .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) ق ب م : أ أو القمار .

(٤٦) ق م : فهو .

(٤٧) ق أ : وعن الصلاة .

(٤٨) ق م : تحريمها .

(٤٩) في الأصل : ويخرجه .

(٥٠) في الأصل : دورهم .

رَأَى النَّبِيُّ ﷺ رَجُلًا يَتَّبِعُ حَمَامًا ، فَقَالَ : « شَيْطَانٌ يَتَّبِعُ شَيْطَانَةً »^(٥١) . وَإِنْ اتَّخَذَ الْحَمَامُ لَطْلَبَ فِرَاحِهَا ، أَوْ لَحْمِلَ الْكُتْبِ ، أَوْ لِلْأُنْسِ بِهَا مِنْ غَيْرِ أَذَى يَتَعَدَّى إِلَى النَّاسِ ، لَمْ تُرَدْ شَهَادَتُهُ . وَقَدْ رَوَى عِبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ ، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَشَكَا إِلَيْهِ الْوَحْشَةَ ، فَقَالَ : « اتَّخَذَ رُوحًا مِنْ حَمَامٍ »^(٥٢) .

فصل : فَأَمَّا الْمُسَابَقَةُ الْمَشْرُوعَةُ ، بِالْخَيْلِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَيَوَانَاتِ ، أَوْ عَلَى الْأَقْدَامِ ، فَمُبَاحٌ^(٥٣) لَا دَنَاءَةَ فِيهِ^(٥٤) ، وَلَا تُرْدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَشْرُوعِيَّةَ ذَلِكَ فِي بَابِ الْمُسَابَقَةِ^(٥٥) . وَكَذَلِكَ مَا فِي مَعْنَاهُ مِنَ الثَّقَافِ ، وَاللُّعْبِ بِالْجِرَابِ . وَقَدْ لَعِبَ الْحَبَشَةُ بِالْجِرَابِ بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَامَتْ عَائِشَةُ خَلْفَهُ تَنْظُرُ الْبَهْمَ ، وَتُسْتَبْرُ بِهِ ، حَتَّى مَلَتْ^(٥٦) . وَلَئِنْ فِي هَذَا تَعَلُّمًا لِلْحَرْبِ ، فَإِنَّهُ مِنْ آيَاتِهِ ، فَأُشَبِّهَ الْمُسَابَقَةَ / بِالْخَيْلِ ، وَالْمُنَاضَلَةَ ، وَسَائِرِ اللَّعِبِ ، إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنْ ضَرَرًا ، وَلَا شُغْلًا عَنْ قَرَضٍ ، فَالْأَصْلُ إِبَاحَتُهُ ، فَمَا كَانَ مِنْهُ فِيهِ دَنَاءَةٌ يَتَرَفَّعُ عَنْهُ ذَوُو الْمُرُوءَاتِ ، مَنَعَ الشَّهَادَةَ إِذَا فَعَلَهُ ظَاهِرًا ، وَتَكَرَّرَ مِنْهُ ، وَمَا كَانَ مِنْهُ لَا دَنَاءَةَ فِيهِ ، لَمْ تُرْدَّ بِهِ^(٥٧) الشَّهَادَةُ بِحَالٍ .

فصل : فِي الْمَلَاهِي : وَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ ؛ مُحَرَّمٌ ، وَهُوَ ضَرْبُ الْأَوْتَارِ وَالتَّانِيَّاتِ ، وَالْمَزَامِيرِ كُلِّهَا ، وَالْعُودِ ، وَالطَّنْبُورِ ، وَالْمَعْرَفَةِ ، وَالرَّيَابِ ، وَنَحْوِهَا ، فَمَنْ أَدَامَ اسْتِنَاعَهَا ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا ظَهَرَتْ فِي أُمَّتِي عَشْرَةُ عَصَلَةٍ ، حُلَّ بِهِمُ الْبَلَاءُ »^(٥٨) . فَذَكَرَ مِنْهَا

(٥١) أخرجه أبو داود ، في : باب في اللعب بالحمام ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٢/٢ . وإشمام أحمد ، في : المسند ٣٤٥/٢ .

(٥٢) أخرجه الخطيب ، في : تاريخ بغداد ١٩٩/٥ .

(٥٣) في ١ ، ب ، م ، ١ : فمباحة .

(٥٤) في م : ١ : فيها .

(٥٥) تقدم في ١٣/٤٠٤ .

(٥٦) تقدم تخريجه ، في : ٥٠٧/٩ .

(٥٧) في م : ١ : بها .

(٥٨) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في علامة حلول المسخ والخسف ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذي ٥٨/٩ .

إظهار المعازيف والملاهي . وقال سعيد^(٥٩) : ثنا فرج بن فضالة ، عن علي بن يزيد ، عن القاسم ، عن أبي أمامة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ يَكْنِي رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ ، وَأَمْرِي بِمَحَقِّ الْمَعَازِفِ وَالْمَزَامِيرِ ، لَا يَحِلُّ يَتَعْنَهُنَّ وَلَا شِرَاؤُهُنَّ وَلَا تَعْلِيمُهُنَّ وَلَا التَّجَارَةَ فِيهِنَّ ، وَتَمْنُهُنَّ حَرَامٌ »^(٦٠) . يعني الضاربات . وروى نافع ، قال : سمع ابن عمر مزماراً ، قال : فوضع إصبعيه في أذنيه ، ونأى عن الطريق ، وقال لي : يا نافع ، هل تسمع شيئاً ؟ قال : فقلت : لا . قال : فرفع إصبعيه من أذنيه ، وقال : كنت مع النبي ﷺ ، فسمع مثل هذا ، فصنع مثل هذا . رواه الحلال ، في « جامع » من طريقين ، ورواه أبو داود ، في « سننه »^(٦١) ، وقال : حديث منكّر . وقد احتج قوم^(٦٢) بهذا الخبر على إباحة المِزمار ، وقالوا : لو كان حراماً لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ، ومنع ابن عمر نافعاً من سماعه^(٦٣) ، ولأنكر على الزمير بها . قلنا : أما الأول فلا يصح ؛ لأن المحرم استماعها دون سماعها ، والاستماع غير السماع ، ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ، ولم يؤجبا على من سمع شيئاً^(٦٤) محرماً سداً أذنيه ، وقال الله تعالى : ﴿ وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ ﴾^(٦٥) . ولم يقل : سدوا آذانهم . والمستمع / هو الذي يقصده

٧٢/١١

السماع ، ولم يؤجد هذا من ابن عمر ، وإنما وجد منه السماع ؛ ولأن بالنبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه ؛ لأنه عدل عن الطريق ، وسد أذنيه ، فلم يكن ليرجع إلى الطريق ، ولا يرفع إصبعيه عن أذنيه ، حتى يتقطع الصوت عنه ، فأبيح للحاجة . وأما الإنكار ، فلملح كان في أول الهجرة ، حين لم يكن الإنكار واجباً ، أو قبل إنكار الإنكار ؛ لكثرة الكفار ، وقلة أهل الإسلام . فإن قيل : فهذا الخبر ضعيف . فإن أبا

(٥٩) في زيادة : « بن جبير » .

(٦٠) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٧/٥ ، ٢٦٨ .

(٦١) تقدم تحريجه ، في : ١٠٠ / ١٩٩ .

(٦٢) سقط من : ب .

(٦٣) في ١ ، ب ، م ، د : استماعه .

(٦٤) سقط من : الأصل .

(٦٥) سورة القصص ٥٥ .

داود رواه ، وقال : هو ^(٦٦) حديث منكّر . قلنا : قد رواه الخلّال بإسناده من طريقين ، ففعل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقتين . وضرب مباح ، وهو الدّف ؛ فإن النبي ﷺ قال : « أغلثوا النكاح ، واضربوا عليه بالدّف » . أخرجه مسلم ^(٦٧) . وذكر أصحابنا ، وأصحاب الشافعي ، أنه مكروه في غير النكاح ؛ لأنه يروى عن عمر ، أنه كان إذا سمع صوت الدّف ، بعث فنظّر ، فإن كان في ولجة سكّت ، وإن كان في غيرها ، عمّد بالدّرة ^(٦٨) . ولنا ، ما روى عن النبي ﷺ ، أن امرأة جاءت ، فقالت : إني نذرت إن رجعت من سفرِكَ سالماً ، أن أضرب على رأسكِ بالدّف ^(٦٩) . فقال النبي ﷺ : « أوفِ بِذِكْرِكَ » . رواه أبو داود ^(٧٠) . ولو كان مكروهاً لم يأمرها به وإن كان مندوراً . وروى الربيع بنت معوذ ، قالت : دخل عليّ رسول الله ﷺ صبيحةً بيّتي ، فجعلت جوهرات يضربن بدّف هنّ ، ويتدبن من قتل من آباي يوم يذّر ، إلى أن قالت إحداهنّ : وفينا نبيّ يعلم ما في غد . فقال : « دعي هذا ، وقولي الذي كنت تقولين » . متفق عليه ^(٧١) . وأما الضرب به للرجال فمكروه على كلّ حال ؛ لأنه إنما كان يضرب به النساء ، والمختنون ^(٧٢) المتشبهون بهنّ ، ففى ضرب الرجال به تشبه بالنساء ، وقد لعن النبي ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء ^(٧٣) . فأما الضرب

(٦٦) في ب : « هذا » .

(٦٧) تقدم ترجمته ، في : ٤٦٨/٩ .

(٦٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الغناء والدّف ، من كتاب الجامع . المصنف ٥/١١ .

(٦٩) سقط من : ١ ، ب .

(٧٠) تقدم ترجمته ، في : صفحة ٥ .

(٧١) أخرجه البخاري ، في : باب حدثني خليفة حدثنا محمد ، من كتاب المغازي ، وفي : باب ضرب الدّف في النكاح والولمة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ١٠٥/٥ ، ٢٥/٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في النهي عن الغناء ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٧٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذي ٣٠٩/٤ . وابن ماجه ، في : باب الغناء والدّف ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦١١/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٩/٦ ، ٣٦٠ . وليس في صحيح مسلم ، انظر : تحفة الأشراف ٣٠١/١١ ، ٣٠٢ .

(٧٢) في الأصل : « أو المختنون » .

(٧٣) أخرجه البخاري ، في : باب المتشبهون بالنساء والمتشبهات بالرجال ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري =

مُعْتَبَةً ثَلَاثِينَ أَلْفًا ، وَتَسَاوَى سَادَجَةٌ عِشْرِينَ دِينَارًا . قَالَ : لَا تَبَاغُ إِلَّا عَلَى أَهْلِهَا سَادَجَةٌ .
 وَاحْتَجُّوا عَلَى تَعْرِيمِهِ بِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ الْحَنْفِيَّةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ
 الزُّورِ ﴾ ^(٨٠) . قَالَ : الْغِنَاءُ . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، فِي قَوْلِهِ : ﴿ وَمِنَ النَّاسِ
 مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ ﴾ ^(٨١) . قَالَ : هُوَ الْغِنَاءُ ^(٨٢) . وَعَنْ أَبِي أُمَامَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ /
 ٧٣/١١
 نَهَى عَنْ شِرَاءِ الْمُعْتَبَاتِ ، وَبَيْعِهِنَّ ، وَالتَّجَارَةِ فِيهِنَّ ، وَأَكْلِ أَثْمَانِهِنَّ حَرَامٌ . أَخْرَجَهُ
 التِّرْمِذِيُّ ^(٨٣) ، وَقَالَ : لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا ^(٨٤) مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ بْنِ يَزِيدَ ، وَقَدْ تَكَلَّمَ فِيهِ أَهْلُ
 الْعِلْمِ . وَرَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْغِنَاءُ يَنْتَبِثُ التَّفَاقُ فِي الْقَلْبِ » ^(٨٥) .
 وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، مَنِ اتَّخَذَ الْغِنَاءَ صِنَاعَةً ، يُؤْتِي لَهُ ،
 وَيَأْتِي لَهُ ، أَوْ اتَّخَذَ غَلَامًا أَوْ جَارِيَةً مُعْتَبَرَيْنِ ، يَجْمَعُ عَلَيْهِمَا النَّاسَ ، فَلَا شَهَادَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا
 عِنْدَ مَنْ لَمْ يُحَرِّمَهُ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ وَسَقُوطُ مُرُوءَةٍ ، وَمَنْ حَرَّمَهُ فَهُوَ مَعَ سَفَهِهِ عَاصٍ . مُصِيرٌ
 مُتَظَاهِرٌ بِفُسُوقِهِ . وَهَذَا قَالِ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَإِنْ كَانَ لَا يَنْتَسِبُ نَفْسَهُ إِلَى
 الْغِنَاءِ ، وَإِنَّمَا يَتَرْتَمُّ لِنَفْسِهِ ، وَلَا يُعْنَى النَّاسَ ، أَوْ كَانَ غَلَامَهُ يَحْتَمِلُ شَيْئًا يُغْنِيَانِ لَهُ ، اثْبَتِي
 هَذَا عَلَى الْخِلَافِ فِيهِ . فَمَنْ أَبَا حَهُ أَوْ كَرِهَهُ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ . وَمَنْ حَرَّمَهُ ، قَالَ : إِنْ
 دَاوَمَ ^(٨٦) عَلَيْهِ ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، كَسَائِرِ الصَّغَائِرِ ، وَإِنْ لَمْ يُدَاوِمْ - ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ . وَإِنْ
 فَعَلَهُ مَنْ يَتَعَقَّدُ حِلَّهُ ، فَيُقَاسُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا تُرَدِّ شَهَادَتُهُ بِمَا لَا يَشْتَهَرُ بِهِ مِنْهُ ، كَسَائِرِ
 الْمُخْتَلِفِ فِيهِ مِنَ الْقُرُوعِ . وَمَنْ كَانَ يَعْتَشَى بُيُوتَ الْغِنَاءِ ، أَوْ يَعْتَسِلُ . حَقْنُونَ لِلْسَّمَاعِ ^(٨٧) ،
 مُتَظَاهِرًا بِذَلِكَ ، وَكَثُرَ مِنْهُ ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ سَفَهٌ وَدَنَاءَةٌ . وَإِنْ كَانَ

(٨٠) سورة الحج ٣٠ .

(٨١) سورة لقمان ٦ .

(٨٢) أخرجه الطبري ، في : تفسير الآية . تفسير الطبري ٦١/٢١ .

(٨٣) في : باب ما جاء في كراهية بيع المغنيات ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ما لا يخل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ .

(٨٤) سقط من : الأصل .

(٨٥) في م : ٣ وقال .

(٨٦) أخرجه أبو داود ، في : باب كراهية الغناء والزمر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٧٩/٢ .

(٨٧) في الأصل : ٥ دام .

(٨٨) في ١ : ٥ : للاستماع .

مُسْتَتِرًا^(٨٩) به ، فهو كالمُعْتَى لِنَفْسِهِ ، على ما ذَكَرَ من التَّفْصِيلِ فِيهِ .

فصل : فَاَمَّا الْحُدَاءُ ، وَهُوَ الْإِنشَادُ الَّذِي تُسَاقُ بِهِ الْإِبِلُ ، فَمُبَاحٌ ، لَا بَأْسَ^(٩٠) فِي
فِعْلِهِ وَاسْتِمَاعِهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ^(٩١) عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
فِي سَفَرٍ ، وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ جَيْدَ الْحُدَاءِ ، وَكَانَ مَعَ الرُّجَالِ ، وَكَانَ أُنْجِشَةُ مَعَ النِّسَاءِ ،
فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِبْنِ رَوَاحَةَ : « حَرِّكَ بِالْقَوْمِ » . فَأَنْدَفَعَ يَرْتَجِزُ ، فَتَبِعَهُ أُنْجِشَةُ ،
فَأَعْتَقَتِ الْإِبِلَ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لَأُنْجِشَةَ : « رُؤْيُكَ ، رِفْقًا بِالْقَوَائِرِ »^(٩٢) . يَعْنِي
النِّسَاءَ . وَكَذَلِكَ / تَشْيِيدُ الْأَغْرَابِ ، وَهُوَ النَّصْبُ ، لَا بَأْسَ بِهِ ، وَسَائِرُ أَنْوَاعِ الْإِنشَادِ ، مَا
لَمْ يَخْرُجْ إِلَى حُدِّ الْغِنَاءِ . وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَسْمَعُ إِنشَادَ الشُّعْرِ ، فَلَا يَتَكَبَّرُهُ . وَالْغِنَاءُ ،
مِنَ الصُّوْبِ ، مَمْدُودٌ مَكْسُورٌ . وَالْغَنَى ، مِنَ الْمَالِ ، مَقْصُورٌ . وَالْحُدَاءُ ، مَضْمُومٌ
مَمْدُودٌ ، كَالدُّعَاءِ وَالرُّعَاءِ ، وَيَجُوزُ الْكُسْرُ ، كَالنَّدَاءِ وَالْهِجَاءِ وَالْغِنَاءِ .

فصل : وَالشُّعْرُ كَالْكَلَامِ ؛ حَسَنُهُ كَحَسَنِهِ ، وَقَبِيحُهُ كَقَبِيحِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ،
أَنَّهُ قَالَ : « إِنْ مِّنَ الشُّعْرِ لَحُكْمًا »^(٩٣) ، وَكَانَ يَضَعُ لِحَسَانٍ مِّثْبَرًا يَقُومُ عَلَيْهِ ، فَيَهْجُو مَنْ

(٨٩) في ١ : مستترا . وفي ب ، م : معتبرا .

(٩٠) في ١ ، ب ، م : نأدة : « به » .

(٩١) في الأصل : « أن » .

(٩٢) لم نجده عن عائشة ، وأخرجه عن أنس بن مالك ، البخاري ، في : باب المعاريض مندوحة عن الكذب ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٥٨/٨ . ومسلم ، في : باب رحمة النبي ﷺ بالنساء ... من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨١١/٤ ، ١٨١٢ . وابن حبان ، انظر : الإحسان ٥٢٢/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٧/٣ ، ١١٧ ، ١٧٢ ، ١٧٦ ، ١٨٧ ، ٢٠٢ ، ٢٠٦ ، ٢٢٧ ، ٢٥٤ . وأخرجه عن عبد الله بن رواحة ، النسائي في الكبرى . انظر : تحفة الأشراف ٣١٩/٤ . وأخرجه النسائي أيضا في الكبرى ، عن عمر . انظر : تحفة الأشراف ٩٨/٨ ، ٩٩ .

(٩٣) أخرجه البخاري ، في : باب ما يجوز من الشعر والرجز والخذاء وما يكره منه ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٤٢/٨ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في الشعر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٩٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء : إن من الشعر حكمة ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ٢٨٨/١٠ . وابن ماجه ، في : باب الشعر ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ١٢٣/٢ ، ١٢٣٦ . والدارمي ، في : باب في أن من الشعر حكمة ، من كتاب الاستبذان . سنن الدارمي ٢٩٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٩/١ ، ٢٧٣ ، ٣٠٣ ، ٣٠٩ ، ٣١٣ ، ٣٢٢ ، ٣٣٢ ، ١٢٥/٥ .

هَجَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْمُسْلِمِينَ^(٩٤). وَأَنشَدَهُ كَعْبُ بْنُ زُهَيْرٍ قَصِيدَةً :

• بَأَنْتَ سَعَادٌ فَقُلِّبِي الْيَوْمَ مَتَبُولٌ •

في المسجد^(٩٥). وَقَالَ لَهُ عُمَةُ الْعَبَّاسُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَمْتَدِّحَكَ . فَقَالَ :
« قُلْ ، لَا يَنْصَحُضِي اللَّهُ فَاكْ » . فَأَنشَدَهُ :

مِنْ قَبْلِهَا طُبَّتْ فِي الظَّلَالِ وَفِي مُسْتَوْدِعٍ حَيْثُ يُخْصَفُ الْوَرَقُ^(٩٦)

وَقَالَ عَمْرُو بْنُ الشَّرِيدِ : أَرَدَفَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : « أَمَعَكَ مِنْ شِعْرِ أُمَيَّةٍ ؟ » .

قُلْتُ : نَعَمْ . فَأَنشَدَنِي بَيْتًا ، فَقَالَ : « هَيْه » . فَأَنشَدَنِي بَيْتًا ، فَقَالَ : « هَيْه » . حَتَّى
أَنشَدَنِي مِائَةَ قَافِيَةٍ^(٩٧) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ يَوْمَ حُنَيْنٍ :

أَنَا النَّبِيُّ لَا كَذِبُ

أَنَا ابْنُ عَدِيٍّ الْمُطْلَبِ^(٩٨)

وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي هَذَا ، فَقِيلَ : لَيْسَ بِشِعْرِ ، وَإِنَّمَا هُوَ كَلَامٌ مَوْزُونٌ . وَقِيلَ : بَلْ هُوَ شِعْرٌ ،
وَلَكِنَّهُ بَيْتٌ وَاحِدٌ قَصِيرٌ ، فَهُوَ كَالثَّغْرِ . وَيُرْوَى^(٩٩) أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ قِيلَ لَهُ : مَا مِنْ أَهْلٍ
بَيْتٍ فِي الْأَنْصَارِ ، إِلَّا وَقَدْ قَالَ الشَّعْرَ . قَالَ : وَأَنَا قَدْ قُلْتُ :

(٩٤) أخرجه أبو داود ، في : باب ماجاء في الشعر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٩٩/٢ . والترمذي ، في : باب ماجاء في
إنشاد الشعر ، من أبواب الأدب . عارضة الأحرزى ٢٨٩/١٠ .

(٩٥) أخرجه البيهقي ، في : باب من شيب فلم يسم أحدا ... ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ٢٤٣/١٠ .
وعجز البيت :

• مُتَبِيلٌ لِنَرِّهَا لَمْ يُفَدَّ مَكْبُولٌ •

وانظر : ديوانه ٦-٢٥ .

(٩٦) عزاه الميمني إلى الطبراني . مجمع الزوائد ٢١٧/٨ ، ٢١٨ .

(٩٧) أخرجه مسلم ، في : كتاب الشعر . صحيح مسلم ١٧٦٧/٤ . وابن ماجه ، في : باب الشعر ، من كتاب
الأدب . سنن ابن ماجه ١٢٣٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٨/٤ - ٣٩٠ .

(٩٨) أخرجه البخاري ، في : باب من قاده دابة غيوة في الحرب ، وباب بغلة النبي ﷺ البيضاء ، وباب من صف أصحابه
عند المعركة ... ، من كتاب الجهاد ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ ... ﴾ ، من كتاب المغازي . صحيح
البخاري ٣٧/٤ ، ٣٩ ، ٨١ ، ١٩٤/٥ ، ١٩٥ . ومسلم ، في : باب غزوة حنين ، من كتاب الجهاد . صحيح
مسلم ١٤٠٠/٣ ، ١٤٠١ . والترمذي ، في : باب ماجاء في الثبات عند القتال ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحرزى
١٨٤/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٨١/٤ ، ٣٠٤ .

(٩٩) في ب : قبل ويروى ٤ .

يُرِيدُ الْمَرْءُ أَنْ يُعْطَى مِنْهُ وَيَأْبَى اللَّهُ إِلَّا مَا أَرَادَا
يَقُولُ الْمَرْءُ قَائِلًا بَنِي وَمَالِي وَتَقْوَى اللَّهِ أَفْضَلُ مَا اسْتَفَادَا^(١٠٠)

وليس في إباحة الشعر خلاف، وقد قاله الصحابة والعلماء، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة والعربية^(١٠١)، والاستشهاد به في التفسير، وتعرف معاني كلام الله تعالى، وكلام رسوله ﷺ، ويستدل به أيضاً على النسب، والتاريخ^(١٠٢)، وأيام العرب. ويقال: الشعر ديوان العرب. فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَالشُّعْرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ﴾^(١٠٣) وقال النبي ﷺ: «لَأَنْ يَمْتَلِيْ جَوْفُ أَحَدِكُمْ فَيَحَا حَتَّى يَرِيَهُ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمْتَلِيْ شِعْرًا». رواه أبو داود، وأبو عبيد^(١٠٤). وقال: معنى يريه، يأكل جوفه، يقال: وراه يريه، قال الشاعر^(١٠٥):

و٧٤/١١

وَرَاهُنْ رَبِّيْ مِثْلَ مَا قَدْ وَرَيْنِيْ وَأَحْمَى عَلَى أَكْبَادِهِنَّ الْمَكَوِيَا
قُلْنَا: أمّا الآية، فالمراد بها من أسرف وكذب؛ بدليل وصفه لهم بقوله: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّهُمْ فِي كُلِّ وَادٍ يَّهيمُونَ. وَأَنَّهُمْ يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ﴾^(١٠٦). ثم استثنى المؤمنين، فقال: ﴿إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيرًا﴾^(١٠٧). ولأن الغالب على

(١٠٠) أوردته ابن عبد البر، في: الاحتجاب ١٦٤٨/٤.

(١٠١) سقطت الواو من: ١ م.

(١٠٢) في ١: ٥ والتواريخ ٤.

(١٠٣) سورة الشعراء ٢٢٤.

(١٠٤) أخرجه أبو داود، في: باب ماجاء في الشعر، من كتاب الأدب. سنن أبي داود ٥٩٨/٢. وأبو عبيد، في:

غريب الحديث ٣٦-٣٤/١.

كما أخرجه البخاري، في: باب ما يكره أن يكون الغالب على الإنسان الشعر ... من كتاب الأدب. صحيح البخاري ٤٥/٨. ومسلم، في: كتاب الشعر. صحيح مسلم ١٧٦٩/٤، ١٧٧٠. والترمذي، في: باب ماجاء: لأن يمتل جوف أحدكم كيحا ... من أبواب الأدب. عارضة الأخوذي ٢٩٢/١٠. وابن ماجه، في: باب ما كره من الشعر، من كتاب الأدب. سنن ابن ماجه ١٢٣٦/٢، ١٢٣٧. والدارمي، في: باب: لأن يمتل جوف أحدكم ... من كتاب الاستئذان. سنن الدارمي ٢٩٧/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٧٥/١، ١٧٧، ١٨١، ٣٩/٢، ٩٦، ٢٨٨، ٣٣١، ٣٥٥، ٣٩٦، ٤٧٨، ٤٨٠، ٨/٣، ٤١.

(١٠٥) هو سحيم بن عبد بنى الحسحاس. ديوانه ٢٤.

(١٠٦) سورة الشعراء ٢٢٥، ٢٢٦.

(١٠٧) سورة الشعراء ٢٢٧.

الشعراء قلة الذين ، والكذب ، وقذف المُخصَّصات ، وهجاء الأبرياء ، سيما من كان في ابتداء الإسلام ، ممن يهجو المسلمين ، ويهجو النبي ﷺ ، ويعيب الإسلام وأهله^(١٠٨) ، ويمدح الكفار ، فوقع الذم على الأغلب ، واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة ، فالآية دليل على إباحته ، ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة . وأما الخبر ، فقال أبو عبيد : معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه . وقيل : المراد به ما كان هجاء وفحشا ، فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين ، والقذح في أعراضهم ، أو التشبيب^(١٠٩) ، بالمرأة بعينها ، بالإفراط^(١١٠) في وصفها ، فذكر أصحابنا أنه محرّم . وهذا إن أريد به أنه محرّم على قائله ، فهو صحيح ، وأما على روايه فلا يصح ؛ فإن المغازي تروى فيها قصائد الكفار الذين هجوا بها^(١١١) أصحاب رسول الله ﷺ ، لا يتكرّر ذلك أحد . وقد روى أن النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تقارّلت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما ، إلا قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية^(١١٢) . وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم^(١١٣) ، في التشبيب بعمرة بنت رباحة ، أخت عبد الله بن رباحة ، وأمّ النعمان بن بشير . وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير ، وفيها التشبيب بسعاد . ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ، ولا يتكرّر . وروينا أن النعمان بن بشير / دخل مجلسا فيه رجل يُعنيهم بقصيدة قيس ابن الخطيم ، فلما دخل النعمان سكّته من قبل أن فيها ذكر أمه ، فقال النعمان : دعوه ، فإنه لم يقل بأسا ، إنما قال :

وعَمْرَةَ مِنْ سُرَوَاتِ النَّسَا . تَنْفَعُ بِالْمِسْكِ أُرْدَانُهَا^(١١٤)

وكان عمران بن طلحة في مجلس ، فغنّاهم رجل بشعر فيه ذكر أمه ، فسكّته من

(١٠٨) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٠٩) في ١ ، ب ، م : التشبيب .

(١١٠) في م : والإفراط .

(١١١) سقط من : الأصل .

(١١٢) القصيدة في : السيرة النبوية ٣٠/٢ - ٣٢ ، وأولها :

أَلَا بِكُنَيْتٍ عَلَى الْكُفْرَا مِ بْنِ الْكَرِيمِ أَوْلَى الْمَادَحِ

(١١٣) قيس بن الخطيم من بني الأوس ، عاش في الجاهلية ، وأدرك الإسلام ولم يسلم ، وقتل قبل الهجرة . انظر مقدمة تحقيق الديوان ٧ ، ٨ .

(١١٤) القصة والبيت في ديوانه ٢٤ .

أَجَلِهِ ، فقال : دَعُوهُ ، فَإِنْ قَاتَلَ هَذَا الشُّعْرَ ، كَانَ زَوْجَهَا . فَأَمَّا الشَّاعِرُ ، فَمَتَى كَانَ يَهْجُو الْمُسْلِمِينَ أَوْ يَمْدَحُ بِالْكَذِبِ ، أَوْ يَقْدَفُ مُسْلِمًا أَوْ مُسْلِمَةً ، فَإِنْ شَهِدَتْهُ تَرُدُّ ، وَسِوَاءَ قَدَفَ الْمُسْلِمَةَ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ . وَقَدْ قِيلَ : أَعْظَمُ النَّاسِ ذَنْبًا ، رَجُلٌ يَهْجُو رَجُلًا ، فَيَهْجُو الْقَبِيلَةَ بِأَسْرِهَا . وَقَدْ رَوَيْنَا أَنَّ أَبَا دُلَامَةَ^(١١٧) شَهِدَ عِنْدَ قَاضِي ، أَظَنَّهُ ابْنَ أُمِّي لَيْلَى ،^(١١٨) وَلَعَلَّ الْقَاضِي سَوَّارٌ^(١١٩) ، فَخَافَ أَنْ يَرُدَّ شَهِادَتَهُ . فَقَالَ :

إِنِ النَّاسُ غَطُّوْنِي تَغَطَّيْتُ عَنْهُمْ وَإِنْ بَحَثُوا عَنِّي فَيَهْجُوهُمْ مَبَاحِثُ
فَقَالَ الْقَاضِي : وَمَنْ يَبْحَثُكَ يَا أَبَا دُلَامَةَ . وَغَرِمَ الْمَالُ مِنْ عِنْدِهِ ، وَلَمْ يُظْهِرْ أَنَّهُ رَدَّ شَهِادَتَهُ .

فصل : في قراءة القرآن بالالتحان : أَمَّا قِرَاءَتُهُ مِنْ غَيْرِ تَلْحِينٍ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَإِنْ حَسَنَ صَوْتُهُ ، فَهُوَ أَفْضَلُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ :^(١٢٠) « زَيَّنُوا أَصْوَاتَكُمْ بِالْقُرْآنِ » . وَرَوَى^(١٢١) : « زَيَّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ »^(١٢٢) . وَقَالَ : « لَقَدْ أَوْتِيَ أَبُو مُوسَى مِزْمَارًا مِنْ مِزْمِيرِ آلِ دَاوُدَ »^(١٢٣) . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِأُمِّي مُوسَى : « لَقَدْ مَرَرْتُ بِكَ الْبَارِحَةَ ، وَأَنْتَ تُقْرَأُ ، وَلَقَدْ أَوْتَيْتَ مِزْمَارًا مِنْ مِزْمِيرِ آلِ دَاوُدَ »^(١٢٤) . فَقَالَ أَبُو مُوسَى : لَوْ أَعْلَمْتُ أَنَّكَ تَسْمَعُ ، لَحَبَّرْتُهُ لَكَ تَحْجِيرًا^(١٢٥) . وَرَوَى أَنَّ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَبْطَأَتْ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ لَيْلَةً ، فَقَالَ : « أَيْنَ كُنْتِ يَا عَائِشَةُ ؟ » . فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كُنْتُ أَسْتَمِعُ قِرَاءَةَ رَجُلٍ فِي الْمَسْجِدِ ، لَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا يَقْرَأُ أَحْسَنَ مِنْ قِرَائَتِهِ . فَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَاسْتَمَعَ قِرَاءَتَهُ ، ثُمَّ قَالَ : « هَذَا مَسَالِمٌ مَوْلَى أَبِي حَذِيفَةَ ، الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ فِي أُمَّتِي مِثْلَ هَذَا »^(١٢٦) . وَقَالَ صَالِحٌ : قُلْتُ لِأُمِّي : « زَيَّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ » . / مَا مَعْنَاهُ ؟

٧٥/١١ و

(١١٥) هو زيد بن الجون ، كوفي أسود . كان مولى لبني أسد ، وأدرك آخر أيام بني أمية ، والقصة والبيت في : عيون الأخبار ٦٩/١ ، الكامل ، للمجد ٤٥/٢ ، ٤٦ ، الأغاني ٢٣٨/١٠ ، ٢٣٩ .

(١١٦-١١٧) سقط من : م .

(١١٧-١١٨) سقط من : الأصل .

(١١٨) تقدم تخريجه ، في : ٦١٤/٢ .

(١١٩) تقدم تخريجه ، في : ٦١٥/٢ .

(١٢٠-١٢١) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٢١) تقدم تخريجه ، في : ٦١٥/٢ .

قال : أن يُحَسِّنَهُ . وقبل له : ما مَعْنَى : « مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ » . قال : يَرْفَعُ صَوْتَهُ بِهِ . وهكذا قال الشافعي . وقال الليث : يَتَحَرَّزُ بِهِ ، وَيَتَخَشَّعُ بِهِ ، وَيَتَبَاكِي بِهِ . وقال ابن عيينة ، وعمر بن الحارث ، ووكيع : يَسْتَعْنِي بِهِ . فأما القراءة بالتلحين ، فَيَنْظُرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ لَمْ يُفْرِطْ فِي التَّمْطِيطِ وَالْمَدِّ وَإِشْبَاحِ الْحَرَكَاتِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدِ قَرَأَ ، وَرَجَعَ ، وَرَفَعَ صَوْتَهُ . قال الراوي : لَوْلَا أَنْ يَجْتَمَعَ النَّاسُ عَلَيَّ ، لَحَكَيْتُ لَكُمْ قِرَاءَتَهُ ^(١٢٢) . وقال عليه السلام : « لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ » ^(١٢٣) . وقال : « مَا إِذَنْ لِلَّهِ لِيُشَيَّءَ كَأَذْنِهِ لِيَتَنَبَّأَ حَسَنَ الصَّوْتِ ، يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ ، يَجْهَرُ بِهِ » ^(١٢٤) . ومعنى إِذَنْ : اسْتَمَعَ . قال الشاعر ^(١٢٥) :

• فِي سَمَاعٍ يَأْذَنُ الشَّيْخُ لَهُ •

وقال القاضي : هو مَكْرُوهٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَخَوْفُهُ قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ ، وَقَالَ ^(١٢٥) مَعْنَى قَوْلِهِ : « لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ » . أَيْ : يَسْتَعْنِي بِهِ . قال الشاعر :

وَكُنْتُ أَمْرًا زَمَنًا بِالْعِرَاقِ غَفِيفَ الْمُنَاجِ كَثِيرَ التَّعْنِي

قال : وَلَوْ كَانَ مِنَ الْغِنَاءِ بِالصَّوْتِ ، لَكَانَ مَنْ لَمْ يُعَنَّ بِالْقُرْآنِ لَيْسَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ .

(١٢٢) أخرجه البخاري ، في : باب أين ركز النبي ﷺ الرواية يوم الفتح ، من كتاب المغازي ، وفي : باب تفسير سورة الفتح ، من كتاب التفسير ، وفي : باب القراءة على الدابة ، وباب الترجيع ، من كتاب فضائل القرآن . وفي : باب ذكر النبي ﷺ وروايته عن ربه ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ١٨٧/٥ ، ٦٩/٦ ، ٢٣٨ ، ٢٤١ ، ٩٢/٩ . ومسلم ، في : باب ذكر قراءة النبي ﷺ سورة الفتح يوم فتح مكة ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٥٤٧/١ . وأبو داود ، في : باب استحباب الترتيل في القراءة ، من كتاب الوتر . سنن أبي داود ٣٣٨/١ . وانظر : تحفة الأشراف ١٨٠/٧ ، ١٨١ . والراوي هو عبد الله بن مغفل المزني .

(١٢٣) تقدم تحريجه ، في : ٦١٤/٢ .

(١٢٤) هو عدى بن زيد ، وهذا صدر بيت ، عجزه :

• وحديث مثل ما ذِي مُشَارٍ •

وهو في : غريب الحديث ١٤٠/٢ ، الصحاح ٧٠٤/٢ ، مقاييس اللغة ٧٦/١ ، ٢٢٦/٣ ، ٦٠/٣ ، اللسان والناج (شور ، أذن) .

والمأذَى المشار : العمل الأبيض المجتهد .

(١٢٥) في غريب الحديث ١٧١/٢ ، ١٧٢ .

والبيت للأعشى الكبير ، وهو في ديوانه ٢٥ .

وَرَوَى نَحْوُ هَذَا التَّفْسِيرَ عَنْ ابْنِ عُثَيْمَةَ . وَقَالَ الْقَاضِي أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْبَرْزِيُّ ^(١٢٦) : هَذَا قَوْلُ مَنْ أَدْرَكْنَا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ الْوَلِيدُ بْنُ مُسْلِمٍ : يَتَغَنَّى بِالْقُرْآنِ ، يَجْهَرُ بِهِ . وَقِيلَ : يُحَسِّنُ صَوْتَهُ بِهِ ^(١٢٧) . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا الْقَدْرَ مِنَ التَّلْحِينِ لَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَكْرُوهًا ، لَمْ يَقْعَلْهُ النَّبِيُّ ﷺ . وَلَا يَصِحُّ حَمْلُهُ ^(١٢٨) التَّغَنَّى فِي حَدِيثٍ : « مَا إِذْنُ اللَّهِ لِشَيْءٍ ، كَأَذْنِهِ لِتَنبِيٍّ يَتَغَنَّى ^(١٢٩) بِالْقُرْآنِ » . عَلَى الْاسْتِغْنَاءِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى إِذْنٍ : اسْتَمَعَ ، وَإِنَّمَا اسْتَمَعَ الْقِرَاءَةَ ، ثُمَّ قَالَ : يَجْهَرُ بِهِ . وَالْجَهْرُ صِغَةُ الْقِرَاءَةِ ، لَا صِغَةُ الْاسْتِغْنَاءِ . فَأَمَّا إِنْ أَقْرَفَ فِي الْمَدِّ وَالْتَمَطِيطِ وَإِشْبَاعِ الْحَرَكَاتِ ، بِحَيْثُ يَجْعَلُ الضَّمَّةَ وَآوًا ، وَالْفَتْحَةَ أَلْفًا ، وَالْكَسْرَةَ يَاءً ، كَرَّةً ذَلِكَ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يُحَرِّمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُغَيِّرُ الْقُرْآنَ ، وَيُخْرِجُ الْكَلِمَاتِ عَنْ وَضْعِهَا ، وَيَجْعَلُ الْحَرَكَاتِ / حُرُوفًا . وَقَدْ رَوَيْنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ رَجُلًا سَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ لَهُ : مَا اسْمُكَ ؟ قَالَ : مُحَمَّدٌ . قَالَ : أَيْسُرُكَ ^(١٣٠) أَنْ يُقَالَ لَكَ : يَا مُوَحَّامِدُ ؟ قَالَ : لَا . فَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَتَعَلَّمَ الرَّجُلُ الْأَلْحَانَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَرْمُهُ ^(١٣١) .

يُمَثِّلُ جَرْمٌ ^(١٣٢) أَيْ مُوسَى . فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : فَيُكَلِّمُونَ ؟ فَقَالَ : لَا ، كُلُّ ذَا . وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّهُ تُسْتَحَبُّ قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ بِالتَّحْزِينِ وَالتَّرْتِيلِ وَالتَّحْسِينِ . وَرَوَى بُرَيْدَةُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « اقْرَأُوا الْقُرْآنَ بِالْحَزْنِ ، فَإِنَّهُ نَزَلَ بِالْحَزْنِ » ^(١٣٣) . وَقَالَ السُّرُودِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ قَالَ لِرَجُلٍ : لَوْ قَرَأْتَ . وَجَعَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ رِيْمًا تَعْرِخَرْتُ عَنْهُ . وَقَالَ زُهَيْرُ ابْنِ حَرْبٍ : كُنَّا عِنْدَ يَحْيَى الْقَطَّانِ ، فَجَاءَ مُحَمَّدُ بْنُ سَعِيدٍ التَّرْمِذِيُّ ، فَقَالَ لَهُ يَحْيَى :

(١٢٦) أَبُو الْعَبَّاسِ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدَ بْنِ عَمْسٍ الْبَيْهَقِيُّ الْفَقِيهَ الْحَنْفِي ، تَوَفَّى سَنَةَ ثَمَانِينَ وَمِائَةً . الْجَوَاهِرُ الْمُضْبِطَةُ ٣٠٣-٣٠١/١ .

(١٢٧) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(١٢٨) ١ في أ ، م : نَهَادَةٌ : عِلٌّ .

(١٢٩) ١ في الْأَصْلُ : يَغْنَى .

(١٣٠) ١ في الْأَصْلُ : أَسْرَكَ .

(١٣١) ١ في أ ، ب ، م : حَرَمَهُ .

(١٣٢) ١ في أ ، ب ، م : حَرَمَ .

(١٣٣) عزاء السبوطي إلى الطبراني في الأوسط وأبو يعلى ، وأبو نصر السجزي في الإبانة . الجامع الكبير ١٣٤/١ . وانظر الأوسط ٤٢٧/٣ .

أَقْرَأُ^(١٣٤) . فَنُشِئَ عَلَى يَحْيَى حَتَّى حُجِّلَ فَأُدْخِلَ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ صَالِحِ الْعَدَوِيُّ :
قَرَأْتُ عِنْدَ يَحْيَى بْنِ سَعِيدِ الْقَطَّانِ ، فَنُشِئَ عَلَيْهِ ، حَتَّى فَاتَهُ تَحْمَسُ صَلَوَاتِ .

فصل : وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الطُّفْلِيِّ ؛ وَهُوَ الَّذِي يَأْتِي بِطَعَامِ النَّاسِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ . وَهَذَا
قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُحَالَفًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يُرَوَّى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ
أَتَى إِلَى طَعَامٍ لَمْ يُدْعَ إِلَيْهِ ، دَخَلَ سَارِقًا ، وَخَرَجَ مُغِيرًا »^(١٣٥) . وَلَئِنْ يَأْكُلُ مُحَرَّمًا ،
وَيَفْعَلُ مَا فِيهِ سَفَهٌ وَذَنَاءَةٌ وَذَهَابٌ مُرَوِّعٌ ، فَإِنْ لَمْ يَتَكَرَّرْ هَذَا مِنْهُ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ
الصَّغَائِرِ .

فصل : وَمَنْ سَأَلَ مِنْ غَيْرِ أَنْ تُجْلَلَ لَهُ الْمَسْأَلَةُ ، فَأَكْثَرَ ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ^(١٣٦) ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ
مُحَرَّمًا ، وَأَكَلَ سُخْنًا ، وَأَتَى ذَنَاءَةً . وَقَدْ رَوَى قَبِيصَةُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ
الْمَسْأَلَةُ لَا تُجْلَى إِلَّا لِأَحَدٍ ثَلَاثَةٍ ؛ رَجُلٍ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ، فَاجْتَنَحَتْ مَالَهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ
الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ ، أَوْ سَيِّدًا مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ ، حَتَّى
يَشْهَدَ لَهُ^(١٣٧) ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَابِ مِنْ قَوْمِهِ : لَقَدْ أَصَابَتْ فَلَانًا فَاقَةٌ . فَحَلَّتْ لَهُ
الْمَسْأَلَةُ ، حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ ، أَوْ سَيِّدًا مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٍ تَحَمَّلَ حِمَالَةً ،
فَحَلَّتْ لَهُ / الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكَ ، فَمَا سِوَى ذَلِكَ^(١٣٨) مِنَ الْمَسْأَلَةِ^(١٣٩) ،
فَهُوَ سُخْتٌ ، يَأْكُلُهُ صَاحِبُهُ سُخْنًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٤٠) . فَأَمَّا السَّائِلُ مِمَّنْ
تُبَاحُ لَهُ الْمَسْأَلَةُ ، فَلَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ عُمرِهِ سَائِلًا ، أَوْ يَكْثُرَ ذَلِكَ
مِنْهُ ، فَيُتَبَغَّى أَنْ تُرَدَّ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ذَنَاءَةٌ وَسُقُوطٌ مُرَوِّعٌ . وَمَنْ أَخَذَ مِنَ الصَّدَقَةِ مِمَّنْ
يَجُوزُ لَهُ الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ ، لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ جَائِزًا ، لَا ذَنَاءَةَ فِيهِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا

٧٦/١١

(١٣٤) لِي الْأَصْل ، ١ : أقره .

(١٣٥) لِي ١ ، ب ، م ، « معروا » . ومغروا ، أَيْ : نَاهِيَا مَالٍ غَيْرِهِ .

وأخرجه أبو داود ، لِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي إِبَاجَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعِمَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٣٠٦/٢ . وَابِيهَقِي ، لِي :
بَابُ مَنْ لَمْ يَدْعُ ثُمَّ جَاءَ ... ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٢٦٥/٧ .

(١٣٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(١٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ،

(١٣٨-١٣٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(١٣٩) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، لِي : ١١٩/٤ .

ما لا يجوز له ، وتكرّر ذلك منه ، رُدَّتْ شهادته ؛ لأنّه مُصِرٌّ على الحرام .

فصل : ومن فعل شيئاً من الفروع مُخْتَلِفاً فيه ، مُعْتَقِداً إباحته ، لم تُرَدِّ شهادته ، كالنزوح بغير وليٍّ ، أو بغير شهودٍ ، وإكل متروكه التسمية ، وشاربٍ بسبيل النبيذ . نصُّ عليه أحمدٌ ، في شارِبِ النبيذ ، يُحَدُّ ، ولا تُرَدُّ شهادته . وهذا قال الشافعي . وقال مالكٌ : تُرَدُّ شهادته ؛ لأنّه فعل ما يُعْتَقَدُ الحاكمُ تحريمه ، فأشبههُ المُتَقَقُّ على تحريمه . ولنا ، أن الصَّحابةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ، كانوا يُخْتَلِفُونَ في الفروع ، فلم يَكُنْ بَعْضُهُمْ يَعْصِي مَنْ خالفه ، ولا يُفْسِئُهُ ، ولأنّه قَرَعَ^(١٤٠) مُخْتَلَفٌ فيه ، فلم تُرَدِّ شهادته فاعله ، كالذي يُوَافِقُهُ عليه الحاكمُ . وإن فعل ذلك مُعْتَقِداً تحريمه ، رُدَّتْ شهادته^(١٤١) إذا تَكَرَّرَ . وقال أصحابُ الشافعي : لا تُرَدُّ شهادته به ؛ لأنّه فعل لا تُرَدُّ به شهادة بعض الناس ، فلا تُرَدُّ به شهادة البعض الآخر ، كالمُتَقَقِّ على حِلِّهِ . ولنا ، أنه فعلٌ يَحْرُمُ على فاعله ، وبأنّهم به ، فأشبههُ المُجْمَعُ على تحريمه ، وهذا فارَقَ مُعْتَقِدُ حِلِّهِ . وقد رَوَى عن أحمد ، في من يجبُ عليه الحَجُّ فلا يَحُجُّ : تُرَدُّ شهادته . وهذا يُحْمَلُ على من اعتقد وجوبه على الفور . فأما من يَعْتَقِدُ أنه على التراخي ، ويتركه بنية فعله ، فلا تُرَدُّ شهادته ، كسائر ما ذكرنا . ويَحْتَمِلُ أن تُرَدِّ شهادته مطلقاً ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ قَدَّرَ عَلَى الْحَجِّ فَلَمْ يَحُجَّ ، فَلَيْمَتْ إِنْ شَاءَ يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا »^(١٤٢) . وقال عمرُ : لقد هَمَمْتُ أن أنظرَ في الناس ، فَمَنْ وَجَدْتُهُ يَقْدِرُ على الحَجِّ ولا يَحُجُّ ، ضَرَبْتُ عليه الجزيةَ ، ثم قال : ما هم بمسلمين ، ما هم بمسلمين .

١٨٩١ - مسألة : قال : (وَتُجَوِّزُ شَهَادَةُ الْكُفَّارِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ، فِي الْوَصِيَّةِ فِي الْحَقْرِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ غَيْرُهُمْ) ٧٧/١١ ط

وجملته ، أنه إذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدين من أهل الذمة ، قبلت شهادتهما ، إذا لم يوجد غيرهما ، وسُخِّلَ هاتانِ بعد العَصْرِ ما تخانا ولا كُتَمَا ، ولا

(١٤٠) في ا ، ب ، م : نوع هـ .

(١٤١) في م : شهادة به هـ .

(١٤٢) تقدم تحريمه ، في : ٣٧/٥ .

اشترى به تمنا قليلا ﴿وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى﴾ ، وَلَا تَكُنْمُ شَهَدَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ ﴿١﴾ . قال ابن المنذر : وهذا قال أكابر المأصنين . يعنى الآية التى فى سورة المائدة . وممن قاله شريح ، والشَّحْمِيُّ ، والأوزاعى ، ويحيى بن حمزة^(٢) . وقضى بذلك ابن مسعود ، وأبو موسى ، رضى الله عنهما^(٣) . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : لا تُقْبَلُ ، لأنَّ مَنْ لَا تُقْبَلُ شهادته^(٤) على غير الوصية ، لا تُقْبَلُ فى الوصية ؛ كالفاسق^(٥) لا تُقْبَلُ شهادته^(٦) ، فالكاثر أولى . واختلفوا فى تأويل الآية ؛ فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال : المراد بقوله : ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾^(٧) . أى من غير عشيرتكم . ومنهم من قال : الشهادة فى الآية لليمين ؛ ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ ءَاخَرَيْنِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ ﴾ . الآية^(٨) . وهذا نص الكتاب ، وقد قضى به^(٩) رسول الله ﷺ وأصحابه ، فروى ابن عباس ، قال : خرج رجل من بنى سَهْمٍ مع ثميم الدارى ، وعدي بن زيد ، فمات السهمى بأرض ليس بها مسلم ، فلما قدام بتركته ففقدوا^(١٠) جَآمَ فِضَةٍ مُحْوصًا^(١١) بالذهب ، فأخلفهما رسول الله ﷺ ، ثم وجدوا الجَآمَ بمكة ، فقالوا : اشتريناه من ثميم وعدي ، فقام رجلان من أولياء السهمى ، فحللنا بالله :

(١) سورة المائدة ١٠٦ .

(٢) يحيى بن حمزة بن واقد ، قاضى دمشق ، ثقة ، كثير الحديث ، توفى سنة ثلاث وثمانين ومائة . سير أعلام النبلاء ٣١٤/٨ ، ٣١٥ .

(٣) أخرجه عن شريح وأبي موسى ، البيهقى ، فى : باب من أجاز شهادة أهل الذمة ... ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٦٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب شهادة أهل الكفر على أهل الإسلام ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/٣٦٠ . والطبرى ، فى : تفسير الآية . تفسير الطبرى ٧/١٠٥ . كما أخرجه عن شريح وكيع ، فى : أخبار القضاة ٢/٢٨١ . وتأتى أثر ابن مسعود فى آخر المسألة .

(٤-٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥) فى انهاده : ولأن الفاسق .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى الأصل : فقد .

(٨) غرّوص : مژن .

لشهادتنا أحق من شهادتهما، وإن الجاه لصاحبه . فنزلت فيهم : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمُ ۖ الآية . وعن الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة يذوقاً^(٩) ، ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته ، فاشهد رجلين من أهل الكتاب ، فقدم الكوفة ، فأثبا الأشعري ، فأخبراه ، / وقديما بركته ووصيته ، فقال الأشعري : هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ ، فأخلفهما بعد العصر ماخانا ، ولا كذباً ، ولا بدلاً ، ولا كتماً ، ولا غيراً ، وأثبا لوصية الرجل ، وتركته ، فأمضى شهادتهما . رواهما أبو داود ، في « سننه »^(١٠) . ورؤى الخلأل حديث أبي موسى بإسناده . وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم ، لا يصح ؛ لأن الآية نزلت في قصة^(١١) عدي ويقيم ، بلا خلاف بين المفسرين ، وقد فسرها بما قلنا سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعبيدة ، وسعيد بن جبيرة ، والشعبي ، وسليمان التيمي ، وغيرهم ، ودلت عليه الأحاديث التي رويتها . ولأنه لو صح ما ذكره ، لم تجب الأيمان ، لأن الشاهدين من^(١٢) المسلمين لا قسامة عليهم . وحملها على التحمل لا يصح ؛ لأنه أمر بإخلاصهم ، ولا أيمان في التحمل . وحملها على اليمين لا يصح ؛ لقوله : ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ اَرْتَبْتُمْ لَا نُشْتَرِ بِهٖ ثَمَنًا وَّلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ ۖ ۝ الآية . ولأنه عطفها على ذوى العذل من المؤمنين ، وما شاهدان . ورؤى أبو عبيد ، في « الناسخ والمنسوخ »^(١٣) أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان . قال أحمد : أهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى ، من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله ، وقضاء رسول الله ﷺ ، وقضاء الصحابة به^(١٤) ، وعملهم بما ثبت^(١٥) في الكتاب والسنة ، فتعين المصير إليه ،

(٩) « دوقا : مدينة بين إربل وبغداد . معجم البلدان ٥٨١/٢ .

(١٠) في : باب شهادة أهل الذمة ... ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٦/٢ .

وأخرج الأول الترمذي ، في : باب تفسير سورة المائدة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٨٢/١ - ١٨٤ .

(١١) في ١ ، ب ، م : « قضية » .

(١٢) سقط من : أ .

(١٣) الناسخ والمنسوخ ٢١٣ - ٢١٥ .

(١٤) سقط من : ب .

والعمل به ، سواء وافق القياس أو خالفه .

١٨٩٢ - مسألة : قال : (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ)

مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تُقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا . رواه عنه نحو من عشرين نفساً . ومن قال : لا تُقبل شهادتهم ، الحسن ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور . ونقل حنبل ، عن أحمد ، أن شهادة بعضهم على بعض^(١) تُقبل . وخطأه الخلل في نقله هذا ، وكذلك صاحبه أبو بكر ، قال : هذا غلط لا شك فيه . / وقال ابن حامد : بل المسألة على روايتي . وقال أبو حفص البرمكي^(٢) : تُقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب ، إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه . والمذهب الأول ، والظاهر غلط من روى خلاف ذلك . وذهبت طائفة من أهل العلم ، إلى أن شهادة بعضهم على بعض تُقبل ، ثم اختلفوا ؛ فمنهم من قال : الكفر كله ملة واحدة ، فتقبل شهادة اليهودي على النصراني ، والنصراني على اليهودي . وهذا قول حماد ، وسوار ، والثوري ، والبتي ، وأبي حنيفة ، وأصحابه . وعن قتادة ، والحكم ، وأبي عبيد ، وإسحاق : تُقبل شهادة كل ملة بعضهم على بعض ، ولا تُقبل شهادة يهودي على نصراني ، ولا نصراني على يهودي . وروى عن الزهري ، والشعبي ، كقولنا ، وكقولهم . واحتجوا بما روى عن^(٣) جابر ، أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض . رواه ابن ماجه^(٤) . ولأن بعضهم يلى على بعض ، فتقبل شهادة بعضهم على بعض ، كالمسلمين . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾^(٥) . وقال تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(٦) . والكافر ليس يذى عدل ، ولا هو منا ، ولا من رجالنا ، ولا

(١) في ب ، م زيادة : ١ : لم .

(٢) في الأصل : الشرمكي . وهو عمر بن أحمد بن إبراهيم البرمكي ، تقدم في ٣٤/٣ .

(٣) سقط من : ١ .

(٤) في : باب شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٤ .

(٥) سورة الطلاق ٢ .

(٦) سورة البقرة ٢٨٢ .

مَنْ نَرَضَاهُ ؛ وَلَئِنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى غَيْرِ أَهْلِ دِينِهِ ، فَلَا تُقْبَلُ عَلَى أَهْلِ دِينِهِ ، كَالْحَرْبِيِّ ، وَالْخَبَرِيُّوهُ مُجَالِدٌ وَهُوَ ضَعِيفٌ ، وَإِنْ ثَبَتَ فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْيَمِينَ ، فَإِنَّهَا تُسَمَّى شَهَادَةً ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي اللَّعَانِ : « فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَافِرِينَ » (٧) . وَأَمَّا الْوَلَايَةُ فَمُتَعَلِّقَةٌ الْقَرَابَةُ وَالشَّقَقَةُ ، وَقَرَابَتُهُمْ ثَابِتَةٌ ، وَشَقَقَتُهُمْ كَشَفَقَةُ الْمُسْلِمِينَ ، وَجَارَتْ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ ، فَإِنْ غَيْرَ أَهْلِ دِينِهِمْ لَا يَلِي عَلَيْهِمْ ، وَالْحَاجِمُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ ذَلِكَ ، لِكَثْرَتِهِمْ ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ ، فَإِنَّهَا مُمَكِّنَةٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ مُعَاذٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ لَا يَقْبَلُ شَهَادَةَ أَهْلِ دِينٍ إِلَّا الْمُسْلِمِينَ (٨) ؛ فَإِنَّهُمْ عُدُولٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ ، وَعَلَى غَيْرِهِمْ .

٧٩/١١ - ١٨٩٣ مسألة ؛ قال : (وَلَا تُقْبَلُ / شَهَادَةُ حَصْمٍ ، وَلَا جَارٍ إِلَى نَفْسِهِ ، وَلَا دَالِعٍ عَنْهَا)

أَمَّا الْحَصْمُ ، فَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كُلُّ مَنْ خَاصَمَ فِي حَقٍّ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيهِ ، كَالْوَكِيلِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ ، وَلَا الْوَصِيُّ فِيمَا هُوَ وَصِيٌّ (١) فِيهِ ، وَلَا الشَّرِيكُ فِيمَا هُوَ شَرِيكٌ فِيهِ ، وَلَا الْمُضَارِبُ بِمَالٍ أَوْ حَقٍّ لِلْمُضَارَبَةِ . وَلَوْ غُصِبَتْ (٢) الْوَدِيعَةُ مِنَ الْمَوْذِعِ ، وَطَالَ بَ بَهَا ، لَمْ (٣) تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ فِيهَا ، وَكَذَلِكَ مَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ خَصَمٌ فِيهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ بِهِ ، كَالْمَالِكِ . وَالثَّانِي ، الْعَدُوُّ ، فَشَهَادَتُهُ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ عَلَى عَدُوِّهِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ رَبِيعَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَيُرِيدُ بِالْعَدَاوَةِ هَهُنَا الْعَدَاوَةَ الدُّنْيَوِيَّةَ ، مِثْلَ أَنْ يَشْهَدَ الْمَقْدُوفُ عَلَى الْقَاذِفِ ،

(٧) سورة النور ٧ .

(٨) انظر : مَا أُعْرِجَهُ الْبَيْهَقِيُّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ رَدَّ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى . ١٦٣/١ . وَالْمَقْبُولِ ، فِي : الضَّعْفَاءِ الْكَبِيرِ ١٥٨/٣ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ أَهْلِ الْمَلَلِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . الْمُصَنَّفُ ٣٥٦/٨ ، ٣٥٧ .

(١) فِي ١ : مَوْصِيٌّ .

(٢) فِي ١ ، ب ، م : غُصِبَ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَالْمَقْطُوعُ عَلَيْهِ الطَّرِيقُ عَلَى الْقَاطِعِ ، وَالْمَقْتُولُ وَرِثُهُ عَلَى الْقَاتِلِ ، وَالْمَجْرُوحُ عَلَى الْجَارِحِ ، وَالزَّوْجُ يَشْهَدُ عَلَى امْرَأَتِهِ بِالزَّوْنِ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى نَفْسِهِ بَعْدَاوَتَهُ لَهَا^(٤) ، لِإِفْسَادِهَا فِرَاشَهُ . فَأَمَّا الْعِدَاوَةُ فِي الدِّينِ ، كَالْمُسْلِمِ يَشْهَدُ عَلَى الْكَافِرِ ، أَوِ الْمُحِقِّ مِنْ أَهْلِ السُّنَّةِ يَشْهَدُ عَلَى الْمُبْتَدِعِ^(٥) ، فَلَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْعِدَالَهَ بِالذِّينِ ، وَالذِّينُ يَمْنَعُهُ مِنْ ارْتِكَابِ مَحْظُورٍ دِينِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَمْنَعُ الْعِدَاوَةُ الشَّهَادَةَ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُخْلُ بِالْعِدَالَةِ ، فَلَا تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، كَالصَّدَاقَةِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تُجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ ، وَلَا زَانٍ وَلَا زَانِيَةٍ ، وَلَا ذِي غِمَرٍ عَلَى أَخِيهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٦) . الْغِمَرُ : الْحَقْدُ . وَلِأَنَّ الْعِدَاوَةَ تُورِثُ التُّهْمَةَ . فَتَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، كَالْقَرَابَةِ الْقَرِيَّةِ ، وَتُخَالِفُ الصَّدَاقَةَ ؛ فَإِنَّ فِي شَهَادَةِ الصَّدِيقِ لَصَدِيقِهِ بِالزُّورِ نَفْعٌ غَيْرُهُ بِمَضَرَّةٍ نَفْسِهِ ، وَبَيْعٌ آخِرُهُ بِذِيَاغِيرِهِ ، وَشَهَادَةُ الْعَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ يَقْصِدُ بِهَا نَفْعَ نَفْسِهِ ، بِالتَّشْفِي مِنْ عَدُوِّهِ ، فَافْتَرَقَا . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ قَبِلْتُمْ شَهَادَةَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الْكُفَّارِ مَعَ الْعِدَاوَةِ ؟ قُلْنَا : الْعِدَاوَةُ هُنَا دِينِيَّةٌ ، وَالذِّينُ لَا يَقْتَضِي شَهَادَةَ الزُّورِ ، وَلَا أَنْ يَتَرَكَ دِينَهُ بِمُوجِبِ دِينِهِ .

فصل : فَإِنْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِحَقٍّ ، فَقَدَّهَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ، / لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّا لَوْ أَبْطَلْنَا شَهَادَتَهُ بِهَذَا التَّمَكُّنِ كُلِّ مَشْهُودٍ عَلَيْهِ مِنْ إِبْطَالِ شَهَادَةِ الشَّاهِدِ بِأَنْ يَقْذِفَهُ ، وَيُفَارِقَ مَا لَوْ طَرَأَ الْفُسْقُ بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ، وَقِيلَ الْمُحْكِمُ ، فَإِنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ فِيهِ لَا يُفْضِي إِلَى ذَلِكَ ، بَلْ إِلَى عَكْسِهِ ، وَلِأَنَّ طَرِيْقَ الْفُسْقِ يُورِثُ تُّهْمَةً فِي حَالِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ إِسْرَارُهُ ، فَظُهُورُهُ بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يُسِرُّهُ حَالَةَ أَدَائِهَا ، وَهَهُنَا حَصَلَتْ الْعِدَاوَةُ بِأَمْرِ لَا تُّهْمَةٌ عَلَى الشَّاهِدِ فِيهِ^(٧) . وَأَمَّا الْمُحَاكَمَةُ فِي الْأَمْوَالِ ، فَلَيْسَتْ بِعِدَاوَةٍ تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ فِي غَيْرِ مَا حَاكَمَ فِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ : وَلَا جَارٌ إِلَى نَفْسِهِ .^(٨) فَإِنَّ الْجَارَ إِلَى نَفْسِهِ^(٩) هُوَ

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ١ ، ب ، م : « مبتدع » .

(٦) تقدم تحريجه ، في : صفحة ١٥١ . وورد بنصه في : صفحة ١٥٢ .

(٧) في الأصل ، ١ ، ب : « فيها » .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

الذى يَنْتَفَعُ بشهادته ، ويَجْرُ إليه بها نَفْعًا ، كشهادة الغُرماء للمُفلس بدين أو عَين ، وشهادتهم للميت بدين أو مال ، فإنه لو بُت للمفلس أو الميت دين أو مال ، تعلقت حقوقهم به ، ويُفارق مالو شهدة الغُرماء حتى لا حَجَر عليه بمال ، فإن شهادتهم تُقْبَل ؛ لأنَّ حقهم لا يتعلّق بماله ، وإنما يتعلّق بِذِمّته . فإن قيل : إذا كان مُعْسِرًا سَقَطَتْ عنه المُطالبة ، فإذا شهد له بمال ، مَلَكًا مُطالَبته ، فَجَرُّوا إلى أَنفسهم نَفْعًا . قلنا : لم تُثْبِت المُطالبة بشهادتهم ، إنما تُثْبِتُ بيساره وإقراره ؛ لدَعْوَاهُ^(٩) الحق الذي شهدوا به . ولا تُقْبَل شهادة الوارث للمُوروث بالجرّج قبل الاند مال ؛ لأنه قد يَسْرَى الجرّج إلى نفسه ، فتَجِبُ الدّية لهم بشهادتهم . ولا شهادة الشفيع ببيع شِقْص له فيه الشفعة . ولا شهادة السيد لعبده المأذون له في التجارة ، ولا لمكاتبه . قال القاضي : ولا تُقْبَل شهادة الأجير لِمَن استأجره . وقال : نصّ عليه أحمد . فإن قيل : فلمَ قَبِلْتُم شهادة الوارث لمُوروثه ، مع أنّه إذا مات وَرِثَهُ ، فقد جَرَّ إلى نفسه بشهادته نَفْعًا ؟ قلنا : لا حق له في ماله حين الشهادة ، وإنما يَحْتَمِلُ أن يَتَجَدَّدَ له حق ، وهذا يَمْنَعُ قبول الشهادة ، كما لو شهد لامرأة يَحْتَمِلُ أن يَتَزَوَّجها ، أو لغيره له بمال يَحْتَمِلُ أن يُوَفِّيه منه ، أو يُفلس ، فيتعلّق حقه به ، وإنما المانع ما يحصل للشاهد^(١٠) به نَفْعٌ حال الشهادة . فإن قيل : فقد منَعْتُم قبول شهادته لمُوروثه بالجرّج قبل الاند مال ؛ لجواز أن يَتَجَدَّدَ له حق ،^(١١) وإن لم يكن له حق^(١٢) في الحال ، فإن^(١٣) قلْتُم : قد انْعَقَدَ سَبَبُ حقه . قلنا : يَبْطُلُ بالشاهد لمُوروثه المريض بحق ، فإن شهادته تُقْبَلُ مع انْعِقَادِ سَبَبِ استحقاقه ؛ بدليل أن عطيته له^(١٤) لا تُنْفَذُ ، وعطيته لغيره تُقِفُ على الخروج من الثلث . قلنا : إنما منَعْنَا الشهادة لمُوروثه^(١٥) بالجرّج ؛ لأنه ربما أَفْضَى إلى الموت ، فتَجِبُ الدّية للوارث الشاهد به ابتداءً ، فيكون شاهدًا لنفسه ،

(٩) في الأصل : « لدعوة » .

(١٠) في م : « به الشاهد » .

(١١-١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) في ب : « فلم » .

(١٣) سقط من : ١ .

(١٤) في ب ، م : « لموته » .

موجباً له بها حقاً ابتداءً ، بخلاف الشاهد للمريض أو المخرج بمال ، فإنه إنما يجب للمشهود له ، ثم يجوز أن يتقبل ، ويجوز أن لا يتقبل ، فلم يمتنع الشهادة له ، كالشهادة لغيره . فإن قيل : فقد أجزأتم شهادة الغريم لغيره بالخرج قبل الائتدال ، كما أجزأتم شهادته له بالمال (١٥) ؟ قلنا : إنما أجزأناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداءً ، إنما تجب للتقبل ، أو لورثته ، ثم يستوفى الغريم منها ، فأشبهت الشهادة له (١٦) بالمال . وأما الدافع عن نفسه ، فيمثل أن يشهد المشهود عليه بخرج الشهود ، أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بخرج الشهود الذين شهدوا به ، لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم . فإن كان الشاهدان بالخرج فقيرين ، احتمل قبول شهادتهما ؛ لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية ، واحتمل أن لا تقبل ؛ لأنه يخاف أن يوسراً قبل الحول . فيحتمل (١٧) . وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحتمل (١٨) بعده ، فإنه لا يأمَن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول ، فيحتمل . ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه (١٩) بقضاء الحق ، أو الإبراء منه . ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفيعته ؛ لأنه يوفّر الحق على نفسه . ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم بإسقاط دينه ، أو استيفائه . ولا بعض من أوصى له بمال على آخر ، بما يطيل وصيته ، إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته ؛ أما لصيق الثلث عنهما ، أو لكون الوصيتين بمعين . فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه ؛ لأن الشاهد به متهم ؛ لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ، ودفع الضرر عنها ، فيكون شاهداً لنفسه . وقد قال الزهرى : مضت السنة في الإسلام ، أن لا تجوز شهادة خصم ، ولا ظنين . والظنين : المتهم . وروى طائفة / بن عبد الله بن عوف ، قال : قضى رسول الله ﷺ ، أن لا شهادة لخصم ، ولا ظنين (٢٠) . ومن ردّ شهادة الشريك لشريكه شريح ، والنحوي ،

٨٠/١١ ظ

(١٥) في ب ، م : بماله .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) في الأصل : فيحتملان .

(١٨) في الأصل : يحتمل .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) أخرجه البيهقي في : باب لا تقبل شهادة خائن ... من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ٢٠١/١٠ . وعبد

الرزاق في : باب لا يقبل منهم ... من كتاب الشهادات . المصنف ٣٢٠/٨ .

والتورى، والشافعى، وأصحاب الرأى. (٢١) ولا تعلم فيه مخالفاً (٢٢).

فصل: وإن شهد الشريك لشريكه، في غير ما هو شريك فيه، أو الوكيل لموكله، في غير ما هو وكيل فيه، أو العدو لعدوه، أو الوارث لموروثه بمال، أو بالجرج بعد الائتد مال، أو شهد أحد الشفيعين، بعد أن أسقط شفيعته على الآخر، بإسقاط شفيعته، أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر، بما يسقط وصيته، أو كانت إحدى الوصيتين لا تزاحم (٢٣) الأخرى، ونحو ذلك مما لا ثممة فيه، قيلت؛ لأن مقتضى لقبول الشهادة متحقق، والمانع ممتنع فوجب قبولها، عملاً بالمقتضى.

١٨٩٤ - مسألة: قال: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُعْرِفُ^(١) بِكَثْرَةِ غَلَطِهِ وَغَفْلَتِهِ)

وجملته أنه يعتبر في الشاهد أن يكون مؤثوقاً بقوله؛ لتحصل غلبة الظن بصدقه، ولذلك اعتبرنا العدالة، ومن يكثر غلطه وتغفله، لا يؤثق بقوله؛ لاختلال أن يكون من غلطاته، فربما شهد على غير من استشهد عليه، أو لغير من شهد له، أو بغير ما استشهد به، وإذا كان مغفلاً، فربما استزله الخصم بغير شهادته، فلا تحصل الثقة بقوله. ولا يمنع من (٢) الشهادة وجود غلط نادر، أو غفلة نادرة؛ لأن أحدًا لا يسلم من ذلك، فلو منع ذلك الشهادة، لانسد بابها، فاعتبرنا الكثرة في المنع، كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الإخلال بالعدالة.

١٨٩٥ - مسألة: قال: (وَتُجْوزُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى ، إِذَا تَقَنَّ الصَّوْتُ)

روى هذا عن على، وابن عباس. وبه قال ابن سميون، وعطاء، والشافعى، والزهرى، ومالك، وابن أبى ليلى، وإسحاق، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة،

(٢١) - (٢٢) سقط من: الأصل.

(٢٣) في ١، ب زيادة: هـ.

(١) في ٥: عرف.

(٢) في الأصل: هـ عن.

والشافعي: لا تُقبل شهادته. ورُوي ذلك عن الثعبي، وأبي هاشم، واختلف فيه^(١) عن^(٢) الحسن، وإياس، وابن أبي ليلى. وأجاز الشافعي شهادته بالاستيفاضة والترجمة، وإذا أقر عند أدته وبذ الأعشى على رأسه، ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم، فشهد عليه، ولم يُجزها في غير ذلك؛ لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال، لا تجوز على الأقوال، كالصبي، ولأن الأصوات تُشتبه، فلا يحصل اليقين، فلم يُجز أن يشهد بها، كالخط. ولنا، قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٣). وسائر الآيات في الشهادة، ولأنه رجل عدل مقبول الرواية، فقبلت شهادته، كالصبي، وفارق الصبي، فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية، ولأن السمع أخذ الحواس التي يحصل بها اليقين، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعشى، وكثرت ضلوعه له، وعرف صوته يقيناً، فيجب أن تُقبل شهادته فيما يتيقنه، كالصبي، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال. قال قتادة: للسمع قِيافة كقِيافة البصر. ولهذا قال أصحاب الشافعي: تُقبل شهادته فيما يثبت بالاستيفاضة، ولا يثبت عندهم حتى يسمعهما من عدلين، ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدلتهما، فإذا صح أن يعرف الشاهدني، صح أن يعرف المقر. ولا خلاف في قبول روايته، وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتهما، وصحة قوله للنكاح^(٤)، وجواز اشتباه^(٥) الأصوات، كجواز اشتباه الصور، وفارق الأفعال؛ فإن مدركها الرؤية، وهي غير ممكنة من الأعشى، والأقوال مدركها السمع، وهو يشارك^(٦) البصير فيه، وربما زاد عليه، ويفارق الخط، فإنه لو يثق من كتب الخط، أو رآه وهو يكتبه، لم يُجز أن يشهد بما كتب فيه. إذا ثبت هذا، فإنه لا يجوز أن يشهد إلا إذا ثبت الصوت، وعلم المشهود عليه يقيناً. فإن جاز أن يكون صوت غيره، لم يُجز أن يشهد به، كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه، فلم يعرفه.

(١) سقط من: م.

(٢) سقط من: ١.

(٣) سورة البقرة ٢٨٢.

(٤) م: النكاح.

(٥) في الأصل: الاشتباه في.

(٦) في ١: مشارك.

فصل : فإن تحمّل الشهادة على فعل ، ثم عيى ، جاز أن يشهد به ، إذا عرّف المشهود عليه باسمه ونسبه . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادة أصلاً ؛ لأنه لا يجوز أن يكون حاكماً . ولنا ، ما تقدّم ؛ ولأن العمى فقد حاسة لا تلجّل بالتكليف ، فلم يمنع قبول الشهادة كالصميم ، وبفارق الحكم ، فإنه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ، ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما ، فإن لم يعرف المشهود عليه / باسمه ونسبه ، لكن ثبّق صوته ؛ لكثرة إلفه له ، صح أن يشهد به أيضاً ؛ لما ذكرنا في أوّل المسألة . وإن شهد عند الحاكم ، ثم عيى قبل الحكم بشهادته ، جاز الحكم بها . وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم بها ؛ لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة التلقّي ، فمنع الحكم بها ، كالفسق . ولنا ، أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة ، لا يورث ثمة في حال الشهادة ، ^(٧) فلم يمنع قبولها كالمرت ، وفارق الفسق ؛ فإنه يورث ثمة حال الشهادة ^(٨) .

فصل : ولا تجوز شهادة الأخرس بحال . نص عليه أحمد ، رضى الله عنه ، فقال : لا تجوز شهادة الأخرس . قيل له : وإن كتبها ؟ قال : لا أذرى . وهذا قول أصحاب الرأي . وقال مالك ، والشافعى ، وابن المنذر : تقبل إذا فهمت إشارته ؛ لأنها تقوم مقام نطقه في أحكامه ، من طلاقه ، ونكاحه ، وظهاره ، وإيلائه ، وكذلك في شهادته . واستدل ابن المنذر بأن النبى ﷺ ، أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام ، أن اجلسوا . فجلسوا ^(٩) . ولنا ، أنها شهادة بالإشارة ، فلم تجز ، كإشارة الناطق ، يحقّقه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ، ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ، ولا يحصل اليقين بالإشارة ، وإنما اكتفى ^(١٠) بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ، ولا ضرورة ههنا ، ولهذا لم يجز أن يكون حاكماً ، ولأن الحاكم لا يمتضى حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت تحته ، ولم يذكر حكمه ، والشاهد لا يشهد بروية خطه ، فكلما يحكم بخط غيره أولى . وما استدل به ابن المنذر لا يصح ؛ فإن النبى ﷺ كان قادراً على الكلام ،

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٨/٣ .

(٩) في ب : يكتفى .

وعمل بإشارته في الصلاة . ولو شهد التاطي بالإجماع والإشارة ، لم يصح إجماعاً ، / فعلم ٨٢/١١
أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام .

١٨٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدَيْنِ وَإِنْ عَلُوا ، لِلْوَلَدِ وَإِنْ سَقَلَ ، وَلَا شَهَادَةُ الْوَلَدِ وَإِنْ سَقَلَ ، لَهُمَا وَإِنْ عَلُوا)

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تُقبل ، ولا لولده ، وإن سَقَلَ ، وسواء في ذلك وَلَدُ الْيَتِيمِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . ولا تُقبل شهادة الولد لوالده ، ولا لوالدته ، ولا جَدُّه ، ولا جَدَّتُهُ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَإِنْ عَلُوا ، وسواء في ذلك الآباء والأمهات ، وأبأؤهُما وأمهاتهُما . وبه قال شريح ، والحسن ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ^(١) ، ومالك ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد ، رحمه الله ، رواية ثانية ، تُقبل شهادة الابن لأبيه ، ولا تُقبل شهادة الأب له ؛ لأنَّ مَالَ^(٢) الابن في حكم مال الأب ، له أن يملكه إذا شاء ، فشهادته له شهادة لنفسه ، أو يجرُّ بها نفسه نفقاً . قال النبي ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ »^(٣) . وقال : « إِنْ أَطِيبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ أَوْلَا ذَكَمُ مِنْ أَطِيبَ كَسْبِهِمْ ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ »^(٤) . ولا يوجد هذا في شهادة الابن لأبيه . وعنه ، رواية ثالثة ، تُقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه ، في ما لا تُهمَّه فيه ، كالنكاح ، والطلاق ، والقصاص ، والمال إذا كان مُستغنى عنه ؛ لأنَّ كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك ، فلا تُهمَّه في حقه . وروى عن عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه ، أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة . وروى ذلك عن شريح^(٥) . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وأبو ثور ، والمزني ، وداود ، وإسحاق ، وابن المنذر ، للعموم الآيات ، ولأنه عدل تُقبل شهادته في غير هذا الموضع ، فتقبل شهادته فيه ، كالأجنبي . ولنا ، ما روى

(١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٢٧٣/٨ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٢٦٣/٨ .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة الأخ لأخيه ... ، من كتاب الشهادات . المصنف ٣٤٤/٨ .

ط ٨٢/١١ الزهرى، عن عروة، عن عائشة، / عن النبي ﷺ، أنه قال: «لَا تُجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا ذَى غِمْرٍ عَلَى أُخِيهِ، وَلَا ظَنِينٍ فِي قَرَابَةٍ وَلَا وَلَايَةٍ»^(١). والظنين: المتهم، والأب يتهم لولده؛ لأن ماله كله بما ذكرناه، ولأن بينهما بغضية، فكَأَنَّهُ يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ، ولهذا قال ﷺ: «فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي، يَرِيئُنِي مَا رَأَيْتُهَا»^(٢). ولأنه متهم في الشهادة لولده، كتهمة العدو في الشهادة على عدوه، والخبر أخص من الآيات، فخصص به.

فصل: فأما شهادة أحدهما على صاحبه، فتقبل. نص عليه أحمد. وهذا قول عامة أهل العلم، ولم أجد^(٣) في «الجامع» فيه خلافاً؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٤). فأمر بالشهادة عليهم، ولو لم تقبل لما أمر بها، ولأنها إنما رُدَّت^(٥) للثمة في إبطال النفع، ولا ثمة في شهادته عليه، فوجب أن تقبل، كشهادة الأجنبية، بل أولى، فإن شهادته لنفسه لما رُدَّت للثمة في إبطال النفع إلى نفسه، كان إقراره عليها^(٦) مقبولاً. وحكى القاضي، في «المجرد» رواية أخرى، أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه؛ لأن شهادته له غير مقبولة، فلا تقبل عليه، كالفاسق. وقال بعض الشافعية: لا تقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص، ولا حد قذف؛ لأنه لا يقتل بقتله، ولا يحُدُّ بقدفه، فلا يلزمه ذلك. والمذهب الأول؛ لما ذكرنا، ولأنه^(٧) يتهم له ولا^(٨) يتهم عليه، فشهادته عليه أبلغ في الصدق، كما إقراره على نفسه.

فصل: وإن شهدا إثنا بطلاق ضررة أمهما، أو قذف^(٩) زوجها لها، قبلت

(٦) تقدم تخريجه، في: صفحة ١٥٢.

(٧) تقدم تخريجه، في: ٢٨، ٢٧/١١.

(٨) في ١، ب، م، زيادة: «عن أحمد».

(٩) سورة النساء: ١٣٥.

(١٠) في الأصل، إنيادة: «وله».

(١١) في ب، م: «عليه».

(١٢-١٣) سقط من: ١.

(١٣) في ب، م: «وقذف».

شهادتهما ؛ لأنَّ حقَّ أمَّهما لا يزداد به ، وسواء كان المشهود عليه أباهما أو أجنبيًا ، وتوفير الميراث لا يمنع^(١٤) قبول الشهادة ؛ بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه .

فصل : وتجوز شهادة الرجل لآلته من الرضاية ، وآبيه منها^(١٥) ، وسائر أقاربه منها^(١٥) ؛ لأنه^(١٦) لا نسب / بينهما أوجب^(١٧) الإنفاق ، والصلة ، وعق أحدهما على صاحبه ، وتبسطه في ماله ، بخلاف قرابة النسب .

١٨٩٧ - مسألة : قال : (وَلَا السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ ، وَلَا الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ)

أما شهادة السيد لعبده ، فغير مقبولة ؛ لأنَّ مالَ العبد لسَيِّده ، فشهادته له شهادة لنفسه ، ولهذا قال النبي ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَّائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ »^(١) . ولا تعلم في هذا خلافا . ولا تقبلُ شهادته له أيضا بنكاح ، ولا لآلته بطلاق ؛ لأنَّ في طلاق أمته تحليصها له ، وإباحة بضعها^(٢) له ، وفي نكاح العبد نفع له ، ونفع مال الإنسان نفع له . ولا تقبلُ شهادة العبد لسَيِّده ؛ لأنه^(٣) يتبسط في مال سيِّده ، ويتنفع به ، ويتصرف فيه^(٤) ، وتجب نفقته منه ، ولا يقطع بسرقة ، فلا تقبلُ شهادته له ، كالآل من آليه .

١٨٩٨ - مسألة : قال : (وَلَا الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ ، وَلَا الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا)

وهذا قال الشعبي^(١) ، والثَّعْمِيُّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو حنيفة . وأجاز شهادة كلِّ

(١٤) سقط من : الأصل

(١٥) في الأصل ، ب : هـ منها .

(١٦) في زيادة : هـ أقاربه .

(١٧) في النسخ : هـ وجب .

(١) تقدم نحرجه ، في : ٢١/٦ .

(٢) في ب ، م : هـ بعضها .

(٣) في الأصل زيادة : هـ لا .

(٤) سقط من : أ .

(١) في ب ، م : هـ الشافعي .

واحد منهما لصاحبه شريح، والحسن، والشافعي، وأبو ثور، لأنه عقد على منفعة، فلا يمنع قبول الشهادة، كالإجازة. وعن أحمد، رواية أخرى، كقولهم. وقال الثوري، وابن أبي ليلى: تُقبل شهادة الرجل لامرأته؛ لأنه لا تهمّة في حقّه، ولا تُقبل شهادتها له؛ لأنّ يساره وزيادة حقّها من الثقة، تُحصل بشهادتها بالمال^(١)، فهي مُتّهمة لذلك. ولنا، أن كلّ واحد منهما يرث الآخر من غير حجب، ويتيسر في ماله عادة، فلم تُقبل شهادته له، كالابن مع أبيه؛ ولأنّ يسار الرجل يزيد ثقة امرأته، ويسار المرأة تزيد به قيمة بُضعها^(٢) المملوك لزوجها، فكان كلّ واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه، فلم تُقبل، كشهادته لنفسه. ويحقق هذا أن مال كلّ واحد منهما يُضاف إلى الآخر، قال الله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾^(٣). وقال: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ﴾^(٤). فأضاف البيوت إلى بيت نارة، وإلى النبي ﷺ أخرى، وقال: ﴿لَا تَحْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾^(٥). وقال عمر، للذي قال له: إن^(٦) غلامي سرق امرأة امرأتى: لا قطع عليه، عبدكم سرق مالك^(٧). ويقارن عقد الإجازة من هذه الوجوه كلها.

١٨٩٩ - مسألة: قال: (وَشَهَادَةُ الْأَخِ لِأَخِيهِ جَائِزَةٌ)

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة. روى هذا عن ابن الزبير^(١). وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز، والشعبي، والنخعي، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وحكى عن ابن المنذر، عن الثوري، أنه لا تُقبل شهادة كل ذي رجم مخرم. وعن مالك، أنه لا تُقبل

(٢) في الأصل: : بمال .

(٣) ف ب م ، : بعضها .

(٤) سورة الأحزاب ٣٣ .

(٥) سورة الأحزاب ٥٣ .

(٦) سورة الطلاق ١ .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) تقدم في : ٤٥٩/١٢ .

(٩) أخرجه عبد الرزاق، في : باب شهادة الأخ لأخيه ...، من كتاب الشهادات. المصنف ٣٤٣/٨ .

شهادته لأخيه إذا كان مُنقطعاً إليه في صلبه وبره ؛ لأنه مُتهم في حقه . وقال ابن المُنذِر : قال مالك : لا تجوزُ شهادةُ الأخ لأخيه في النِّسبِ ، وتَجوزُ في الحَقوقِ . ولنا ، عمومُ الآياتِ ، ولأنَّه عَدُوٌّ غَيْرُ مُتَّهَمٍ ، فَتَقَبَّلُ شهادتهُ له ، كالأجنبيِّ ، ولا يَصَحُّ القياسُ على الوالدِ والولدِ ؛ لأنَّ بينهما بَعْضِيَّةً وَقَرَابَةً قَوِيَّةً ، بخلافِ الأخِ .

فصل : وشهادةُ العمِّ وابنه ، والحالِ وابنه ، وسائرِ الأقاربِ ، أَوْلَى بِالْجَوَازِ ؛ فَإِنْ شَهِدَ الأخُ إذا أُجِيزَتْ مع قُرْبِهِ ، كان تَنْبِيهاً على شَهِادَةٍ مِنْهُ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ ، بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى .

فصل : وتَقَبَّلُ شَهِادَةُ أَحَدِ الصَّدِيقَيْنِ لِصَاحِبِهِ ، في قولِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ ، إِلَّا مالِكا ، قال : لا تُقَبَّلُ شَهِادَةُ الصَّدِيقِ الْمُلَاطِفِ ؛ لَأَنَّهُ يَجْرُؤُ عَلَى نَفْسِهِ نَفْعاً بِهَا ، فَهُوَ مُتَّهَمٌ ، فلم تُقَبَّلْ شَهِادَتُهُ ، كَشَهِادَةِ الْعَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ . ولنا ، عُمومُ أدلَّةِ الشَّهادَةِ ، وما قاله يَظُلُّ بِشَهِادَةِ^(٢) الْعَرَبِيِّ لِلْمَدِينِ قَبْلَ الْحَجَرِ ، وَإِنْ كَانَ رُبَّمَا قَضَاهُ ذَنْبَهُ مِنْهُ ، فَجَرَّ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعاً أَعْظَمَ مِمَّا يَرْجَى هَهُنَا بَيْنَ الصَّدِيقَيْنِ . فَأَمَّا الْعَدَاوَةُ ، فَسَبِيحُهَا مَحْصُورٌ^(٣) ، وَفِي الشَّهادَةِ عَلَيْهِ شِفَاءٌ غَيِظُهُ مِنْهُ ، فَخَالَفَتِ الصَّدَاقَةُ .

١٩٠٠ - مسألة : قال : (وَتَجُوزُ شَهِادَةُ الْعَبْدِ فِي كُلِّ شَيْءٍ ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ ، وَتَجُوزُ شَهِادَةُ الْأَمَةِ فِيمَا تَجُوزُ فِيهِ شَهِادَةُ النِّسَاءِ)

الكلامُ في هذهِ المسألةِ في فصولِ ثلاثةٍ ؛

أحدها : في قبولِ شَهِادَةِ الْعَبْدِ فِيمَا عدا الْحُدُودَ وَالْقِصاصَ ، فالْمَذْهَبُ أَنَّهَا مَقْبُولَةٌ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَأَنْسَى ، وَرَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . قال أنسٌ : ما عَلِمْتُ أَنَّ أَحَدًا رَدَّ شَهِادَةَ الْعَبْدِ . وبه قال غُرُورٌ ، وَشَرِيحٌ ، وَإِبْرَاهِيمُ ، وَابْنُ سَيِّئِينَ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، وَأَبُو نُوَيْرٍ ، وَدَاوُدُ^(١) ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وقال عَطَاءٌ ، وَشُجَاهِدٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ : لا تُقَبَّلُ شَهِادَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ ذِي مُرُوءَةٍ ، وَلَأَنَّهُمَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى

(٢) في النسخ : « شهادة » . والتصحيح من : الشرح الكبير ٢٧٩/٦ .

(٣) في ١ ، ب ، م : « محظور » .

(١) سقط من : ١ .

الكمال لا تتبعض ، فلم يدخل فيها العبد ، كالميراث . وقال الشعبي ، والنخعي ،
والحكم : تُقبَلُ في الشيء اليسير . ولنا ، عموم آيات الشهادة ، وهو داخل فيها ، فإنه من
رجالنا ، وهو عدل تُقبَلُ روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عتبة بن الحارث ، قال :
تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما .
فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ ذَلِكَ ؟ » . مُتَّفَقٌ
عليه^(١) . وفي رواية أبي داود ، فقلت : يا رسول الله ، إنها لكاذبة . قال : « وَمَا يُدْرِيكَ ،
وَقَدْ قَالَتْ مَا قَالَتْ ، دَعَهَا عَنْكَ » . ولأنه عدلٌ غير مُتهم ، فتقبل شهادته ، كالحُرِّ . ولا
تسلم أنه غير ذي مروءة ، فإنه كالحُرِّ ينقسم إلى من له مروءة ، ومن لا مروءة له ، وقد يكون
منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأتقياء . سئل إياس بن معاوية ، عن شهادة العبد^(٢) ،
فقال : أنا أُرَدُّ شهادة عبد العزيز بن صهيب^(٣) ! وكان منهم زياد مولى^(٤) ابن عباس^(٥) ، من
العلماء الزهاد ، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ، ويكرمه . ومنهم عكرمة مولى ابن
عباس ، أحد العلماء الثقاف . وكثير من العلماء الموالى كانوا عبيدا ، أو أبناء عبيد ، لم
يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية ، والحرية لا تغيّر طبعا ، ولا تحدث علما^(٦) ، ولا ديناً^(٧) ،
ولا مروءة . ولا يُقبَلُ منهم إلا من كان ذا مروءة . ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ،
فإن الميراث^(٨) خلافة للموروث في ماله وحقوقه ، والعبد لا يمكنه الخلافة ؛ لأن ما
يصير إليه يملكه سيده ، فلا يمكن أن يخلف فيه^(٩) ، ولأن الميراث يقتضي التملك ،
والعبد لا يملك ، ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق ، وحصول الثقة من
القول ، والعبد أهل لذلك ، فوجب أن تُقبَلُ شهادته .

٨٤/١١ ظ

(٢) تقدم تحريمه ، في : ٣١٠/١١ .

(٣) في م : : العبد .

(٤) الباقى مولاهم ، البصري الأحمى ، ثقة ، توفي سنة ثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٦/٣٤١ ، ٣٤٢ .

(٥-٥) في الأصل : مولى ابن أبي عباس . وفي م : مولى ابن عباس . وهو زياد بن أبي نادميرة الخزرجي ، مولى
عبد الله بن عباس ، ثقة ، عابد ، زاهد ، توفي سنة خمس وثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٣/٣٦٧ ، ٣٦٨ .

(٦-٦) سقط من : م .

(٧-٧) سقط من : الأصل .

(٨) في م زيادة : الميراث .

الفصل الثاني : أن شهادته لا تُقبَل في الحَدِّ ، وفي القصاصي احتمالان ؛ أحدهما ، تُقبَل شهادته فيه ؛ لأنه حتى آدمي ، لا يصحُّ الرجوع عن الإقرار به ، فأشبهه الأموال . والثاني ، لا تُقبَل ؛ لأنه عُقوبةٌ بَدَنِيَّةٌ تُذَرُّ بالشُّبُهَاتِ ، فأشبهه الحدود^(٩) . وذكر الشَّريْف ، وأبو الحَطَّاب ، في المُقَوِّبات كُلِّهما من الحُدود والقصاصي روايتين ؛ أحدهما ، تُقبَل ؛ لما ذكرنا ، ولأنه رجلٌ عَدْلٌ ، فتُقبَل شهادته فيها ، كالحرِّ . والثانية ، لا تُقبَل . وهو ظاهرُ المذهب ؛ لأنَّ الاختلافَ في قبول شهادته في الأموال نقصٌ وشبهةٌ ، فلم تُقبَل شهادته^(١٠) فيما يُذَرُّ^(١١) بالشُّبُهَاتِ ؛ ولأنَّه ناقصُ الحال ، فلم تُقبَل شهادته^(١٢) في الحَدِّ والقصاصي ، كالمرأة .

الفصل الثالث : أن^(١٣) شهادة الأُمّة جائزةٌ فيما تجوزُ فيه شهادة النساءِ ؛ لأنَّ النساءَ لا تُقبَل شهادتهنَّ في الحُدود والقصاصي ، وإنما تُقبَل في المال أو شبهه^(١٤) ، والأُمّة كالحرّة فيما عداهما ، فسأوتُهنَّ في الشهادة ، وقد دلَّ عليه حديثُ عُقبةَ بنِ الحارث^(١٥) .

فصل : وحُكْمُ المكاتبِ والمُذَبَّرِ وأُمِّ الوليدِ والمُعْتَقِ بعضُهُ ، حُكْمُ اليقِنِ ، فيما ذكرنا ؛ لأنَّ الرُّقَّ فيهم ، وقد روى عن عُمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أَنَّهُ قَالَ : لا تجوزُ شهادةُ المُكاتبِ . وبه قال عطاءٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والشَّحْمِيُّ . ولنا ، ما ذكرناه في العبدِ ، وإذا ثبتَ الحُكْمُ في اليقِنِ ، / ففى هؤلاءِ أولى ؛ لأنَّهم أكملُ منه ، لوجودِ أسبابِ الحرِّيةِ فيهم .

٨٥/١١ و

١٩٠١ - مسألة : قال : (وَشَهَادَةُ وَلَدِ الزَّوْنِي جَائِزَةٌ ، فِي الزَّوْنِي وَغَيْرِهِ)

هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم عطاءٌ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو حنيفةً ، وأصحابُهُ . وقال مالِكٌ ، واليُتُّ : لا تجوزُ شهادته في الزَّوْنِي وَخَدَهُ ؛ لأنه مُتَّهَمٌ ، فإنَّ العادةَ في مَنْ فعلَ قَبِيحًا ، أَنَّهُ يُحِبُّ أَنْ

(٩) في ا ، ب ، م : الحدود .

(١٠-١١) سقط من : ا . نقل نظر .

(١١) في ب : يندرى ؟ .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في النسخ : هـ سبه . وانظر : الشرح الكبير ٢٧٤/٦

(١٤) تقدم تخريجه ، في : ٣١٠/١١ .

يَكُونُ لَهُ نُظْرَاءُ . وَحُكِيَ عَنْ عَثَانَ ، أَنَّهُ قَالَ : وَدِدْتُ الزَّانِيَةَ أَنَّ النِّسَاءَ كُلَّهُنَّ زَنَيْنَ . وَلَنَا ، عَمُومُ الْآيَاتِ ، وَأَنَّهُ عَدَلٌ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ الزَّانِي ، فَيَقْبَلُ ^(١) فِي الزَّانِي كغَيْرِهِ ، وَمَنْ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ فِي الْقَتْلِ ، قُبِلَتْ فِي الزَّانِي ، كَوَلَدِ الرُّشْدَةِ ^(٢) . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَمَا اخْتَجُّوا بِهِ غَلَطٌ مِنْ وَجْهِهِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ وَلَدَ الزَّانِي لَمْ يَفْعَلْ فِعْلًا قَبِيحًا ، يُحِبُّ أَنْ يَكُونَ لَهُ نُظْرَاءُ فِيهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّنِي لَا أَعْلَمُ مَا ذَكَرَ عَنْ عَثَانَ ثَابِتًا عَنْهُ ، وَأَشْبَهُ ذَلِكَ أَنْ لَا يَكُونَ ثَابِتًا عَنْهُ ^(٣) ، وَغَيْرُ جَائِزٍ أَنْ يُطْلَقَ عَثَانُ كَلَامًا بِالظَّنِّ عَنْ ضَمِيرِ امْرَأَةٍ لَمْ يَسْمَعْهَا تَذَكُّرُهُ . الثَّالِثُ ، أَنَّ الزَّانِيَّ لَوْ تَابَ ، لَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَهُوَ الَّذِي فَعَلَ الْفِعْلَ الْقَبِيحَ ، فَإِذَا قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ مَعَ مَا ذَكَرُوهُ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى ؛ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَلْزَمَ وَلَدُهُ مِنْ وَرَرِهِ ^(٤) أَكْثَرَ مِمَّا لَزِمَهُ ، وَلَا ^(٥) يَتَعَدَّى الْحُكْمُ إِلَى غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِهِ أَنْ يَثْبُتَ فِيهِ ، مَعَ أَنَّ وَلَدَهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْ وَرَرِهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ^(٦) . وَلَوْلَا الزَّانِي لَمْ يَفْعَلْ شَيْئًا يَسْتَوْجِبُ بِهِ حُكْمًا .

١٩٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَابَ الْقَاذِفُ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْقَاذِفَ إِنْ كَانَ زَوْجًا ، فَحَقَّقَ قَذْفَهُ بَيِّنَةً أَوْ لِعَانٍ ، أَوْ كَانَ أجنبيًّا ، فَحَقَّقَهُ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمُقْذُوفِ ، لَمْ يَتَعَلَّقْ بِقَذْفِهِ فَسْقٌ ، وَلَا حَدٌّ ، وَلَا رُدُّ شَهَادَةٍ ، وَإِنْ لَمْ يُحَقِّقْ ^(١) قَذْفَهُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، تَعَلَّقَ بِهِ وَجُوبُ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، وَالْحُكْمُ بِفُسْقِهِ ، وَرُدُّ شَهَادَتِهِ / ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَثْبَاتٍ يَزْمُوهُنَّ فَأَجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُنَّ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(٢) . فَإِنْ تَابَ ، لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ الْحَدُّ ، وَزَالَ الْفِسْقُ ، بِإِخْلَافٍ . وَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَنَا . وَرُوي

(١) فِي الْأَسْلِ ، م : ٥ : قَبِلَ .

(٢) فِي م : ٥ : الرُّشْدَةُ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(٤-٤) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٥) فِي م : ٥ : وَمَا .

(٦) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ١٥ .

(١) فِي أ : ٥ : يَتَحَقَّقُ .

(٢) سُورَةُ النُّورِ ٤ .

ذلك عن عمر ، وأبي الدرداء ، وابن عباس^(٣) . وبه قال عطاء ، وطائفة ، ومجاهد ،
والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وعبدُ الله بنُ عُتْبَةَ ، وجعفرُ بنُ أبي ثابتٍ ، وأبو الزناد ، ومالك ،
والشَّافِعِيُّ ، والْبَيْهَقِيُّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ الْمُثَنِّيرِ . وذكره ابنُ عبد البرِّ ، عن يحيى
ابن سعيد ، وربيعة . وقال شريح ، والحسن ، والشَّعْبِيُّ ، وسعيدُ بنُ جبَّير ، والثَّوْرِيُّ ،
وأصحابُ الرَّأْيِ : لا تُقْبَلُ شهادته إذا جُلِدَ ، وإن تاب . وعند أبي حنيفة ، لا تُرَدُّ شهادته
قبل الجُلْدِ ، وإن لم يُتَّبَع . فالخلافُ معه في فصلين ؛ أحدهما ، أنه عندنا ناسقُ شهادته
بالْقَذْفِ^(٤) إذا لم يُحَقِّقْهُ^(٥) ، وعند أبي حنيفة ومالك ، لا ناسقُ إلا بالجُلْدِ . والثاني ، أنه إذا
تاب ، قُبِلَتْ شهادته وإن جُلِدَ . وعند أبي حنيفة ، لا تُقْبَلُ . وتعلّق بقول الله تعالى :
﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾ . وروى ابنُ ماجه^(٦) ، بإسناده عن عمرو بن شعيب ،
عن أبيه ، عن جدّه ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ عَجَائِنَ ، وَلَا مَحْدُودٍ
فِي الْإِسْلَامِ » . واحتجَّ في الفصل الآخر بأن القَذْفَ قبل حصول الجُلْدِ يجوز أن تقوم به
البَيِّنَةُ ، فلا يجبُ به التَّفْسِيْقُ . ولنا ، في الفصل الأول ، إجماعُ الصحابة ، رضى الله
عنهم ، فإنه يروى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه كان يقول لأبي بكره ، حين شهد على
المُغِيرَةِ بنِ شُعْبَةَ : ثُبْ ، أَقْبَلْ شهادتك^(٧) . ولم يُنَكِّرْ ذلك مُنَكِّراً ، فكان إجماعاً . قال
سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ : شهد على المُغِيرَةِ ثلاثة رجال ؛ أبو بكره ، ونافعُ بنُ الحارث ، وشَيْلُ بنُ
مَعْبِدٍ ، ونُكَلْ زياد ، فجلد عمر الثلاثة ، وقال لهم / : توبوا ، تُقْبَلْ شهادتكم . فتاب
رجلان ، وقبِلَ عمرُ شهادتهما ، وأبى أبو بكره ، فلم يقبلْ شهادته^(٨) . وكان قد عاذَ مثل
التَّصْلِيلِ مِنَ الْعِبَادَةِ . ولأنه تاب من ذنبه ، فقبِلَتْ شهادته ، كالتائبِ مِنَ الزُّنَى ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ
الزُّنَى أَغْظَمُ مِنَ الْقَذْفِ به^(٩) ، وكذلك قُتِلَ النَّفْسُ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ ، وسائرُ الذُّنُوبِ ، إذا تاب
فاعلها ، قُبِلَتْ شهادته ، فهذا أوَّلَى . وأمَّا الآية ، فهي حُجَّةٌ لنا ، فإنه استثنى التائبين ،

٨٦/١١ و

(٣) أخرجه عنهم البيهقي ، في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٥٢ - ١٥٤ .

(٤ - ٤) في ب : ٥ وإن جلد .

(٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ١٥١ .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/١٥٢ . وعبد الرزاق ،

في : باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/٣٦٢ .

(٧) سقط من : ب .

بقوله تعالى : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾^(٨) . والاستثناء من النفي إثبات ، فيكون تقديره : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ فاقبلوا شهادتهم ، وليسوا بفاسقين . فإن قال^(٩) : وإنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه ؛ بدليل أنه لا يعود إلى الجدل . قلنا : بل يعود إليه أيضا ؛ لأن هذه الجملة معطوف بعضها على بعض بالواو ، وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة ، فيعود الاستثناء إلى جميعها ، إلا ما منع منه مانع ، ولهذا لما قال النبي ﷺ : « لا يؤمن الرجل الرجل^(١٠) في بيته ، ولا يجلس على كرمته إلا بإذنه »^(١١) . عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعا ، ولأن الاستثناء يغير ما قبله ، فعاد إلى الجمل المعطوف^(١٢) بعضها على بعض بالواو ، كالشرط ، فإنه لو قال : امرأته طالق ، وعبد^(١٣) حر ، إن لم يَقم . عاد الشرط إليهما ، كذا الاستثناء ، بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى ؛ لأن رد الشهادة هو المأمور به ، فيكون هو الحكم ، والتفسير خرَج مخرَج الخبر والتعليل لرد الشهادة ، فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود ، أولى من رده إلى التعليل ، وحديثهم ضعيف ، يرويه الحجاج بن أرطاة ، وهو ضعيف . قال ابن عبد البر : لم يرفع من في^(١٤) روايته حجة . وقد روى من غير طريقه ، ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ، وبذل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد ثبوته ، ثم لو قدر صحته ، فالمراد به من لم يتب ، بدليل : كل محدود تائب سوى هذا . وأما الفصل / الثاني فدلينا فيه الآية ، فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء ؛ إيجاب الجدل ، ورد الشهادة ، والفسق ، فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه ، كالجلد ؛ ولأن الرمي هو المعصية ، والذنب الذي يستحق به العقوبة ، وثبت به المعصية الموجبة لرد الشهادة ، والحد كقارة وتطهير ، فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد

(٨) سورة النور ٥ .

(٩) في الأصل ، م : « قالوا » .

(١٠) سقط من : ١ . على أنه : « لا يؤمن الرجل » .

(١١) تقدم تخريجه ، في : ٤٢/٣ .

(١٢-١٣) سقط من : ١ .

(١٣) في ب : « أبو عبده » .

(١٤) سقط من : م .

ورَدُّ الشَّهَادَةِ حُكْمَانِ لِلْقَذْفِ ، فَيُثْبِتَانِ جَمِيعَاهُ ، وَتُخْلَفُ اسْتِيفَاءُ أَحَدِهِمَا ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتُ الْآخَرِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالْجَلْدِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْجَلْدَ حُكْمَ الْقَذْفِ الَّذِي تُعَذَّرُ تَحْقِيقُهُ ، فَلَا يُسْتَوْفَى قَبْلَ تَحْقِيقِ الْقَذْفِ ، وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يُسْتَوْفَى حَدُّ قَبْلِ تَحْقِيقِ سَبِّهِ ، وَيَصِيرَ مُتَحَقِّقًا بَعْدَهُ ^(١٥) ؟ هَذَا بَاطِلٌ .

فصل : والقاذف في الشتم تُرَدُّ شهادته وروايته حتى يثوب ، والشاهد بالزنى إذا لم تكمل البيّنة ، تُقبل روايته دون شهادته . وحكى عن الشافعي ، أن شهادته لا تُرَدُّ . ولنا ، أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكر ، وقال له : ثب ، أقبل شهادتك . وروايته مقبولة ، ولا تعلم خلافا في قبول رواية أبي بكر ، مع رد عمر شهادته .

١٩٠٣ - مسألة : قال : (وَتُوثِقُهُ أَنْ يَكْذِبَ نَفْسَهُ)

ظاهر كلام أحمد والخرقى ، أن توثيق القاذف إكذابه ^(١٦) نفسه ، فيقول : كَذَبْتُ فيما قلت . وهذا منصوص الشافعي ، واختيار الإصطخري من أصحابه . قال ابن عبد البر : وممن ^(١٧) قال هذا سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والشعبي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ؛ لما روى الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال ، في قوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأُصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(١٨) . قال : « تَوْبَتُهُ إِكْذَابُ نَفْسِهِ » ^(١٩) ؛ وَلِأَنَّهُ عَرَضَ الْمَقْدُوفُ ثَلُوثَ بَقْدِفِهِ ، فَإِكْذَابُهُ نَفْسَهُ يُزِيلُ ذَلِكَ الثَّلَاثَ ، فَتَكُونُ التَّوْبَةُ بِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْقَذْفَ إِنْ كَانَ سَبًّا ، فَالتَّوْبَةُ مِنْهُ إِكْذَابُ نَفْسِهِ ، وَإِنْ كَانَ شَهَادَةً ، فَالتَّوْبَةُ مِنْهُ أَنْ يَقُولَ : الْقَذْفُ حَرَامٌ بَاطِلٌ ، وَلَنْ أَعُودَ إِلَى مَا قُلْتُ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . قَالَ : وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ صَادِقًا ، فَلَا يُؤْمَرُ بِالْكَذِبِ ، وَالْحَبْرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْإِقْرَارِ بِالْبُطْلَانِ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ

٨٧/١١

(١٥) في الأصل : بعد .

(١٦) في م : إكذاب .

(١٧) في ب : ومن .

(١٨) سورة النور ٥ .

(١٩) في ب : نفسه . وذكر صاحب كنز العمال ٤٧٤/٢ ، أن ابن مردويه أخرجه .

إِكْذَابٍ . وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ مَتَى عَلِمَ مِنْ نَفْسِهِ الصَّدَقَ فِيمَا قَدَفَ بِهِ ^(٥) ، فَتَوَثَّهَ الْاسْتِغْفَارُ ، وَالْإِقْرَارُ بِطُلَانِ مَا قَالَهُ وَتَحْرِيمِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَعُودُ إِلَى مِثْلِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ صِدْقَ نَفْسِهِ ، فَتَوَثَّهَ إِكْذَابُ نَفْسِهِ ، سَوَاءً كَانَ الْقَذْفُ بِشَهَادَةٍ أَوْ سَبٍّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ كَاذِبًا فِي الشَّهَادَةِ ، صَادِقًا فِي السَّبِّ . وَوَجْهَ الْأَوَّلِ ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى الْقَاذِفَ كَاذِبًا إِذَا لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ عَلَى الْإِطْلَاقِ ، يَقُولُهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَذِبُونَ ﴾ ^(٦) . فَتُكْذِبُ الصَّادِقُ نَفْسَهُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ كَاذِبٌ فِي حُكْمِ اللَّهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ صَادِقًا .

فصل : وَكُلُّ ذَنْبٍ تَلَزَمَ فَاعِلُهُ التَّوْبَةُ مِنْهُ ، وَمَتَى ^(٧) تَابَ مِنْهُ ، قَبِلَ اللَّهُ تَوْبَتَهُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَجِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَمَنْ يَغْفِرِ اللَّهُ ذُنُوبَهُ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ . أُولَئِكَ جَزَاءُ هُمْ مَغْفِرَةٌ مِنْ رَبِّهِمْ ﴾ ^(٨) الْآيَةِ . وَقَالَ : ﴿ وَمَنْ يَعْمَلْ سُوْءًا أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللَّهَ يَجِدِ اللَّهَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾ ^(٩) . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ » ^(١٠) . وَقَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : بَقِيَّةُ عَمْرِىَ الْمَرْءِ ^(١١) لَا قِيَمَةَ لَهُ ، يُدْرِكُ فِيهِ مَا فَاتَ ، وَيُخْبِى فِيهِ مَا أَطَاعَ ، وَيُبْدِلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِ حَسَنَاتٍ . وَالتَّوْبَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ بَاطِنَةً ، وَحُكْمِيَّةً ، فَأَمَّا / الْبَاطِنَةُ ، فَهِيَ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَبِّهِ تَعَالَى ، فَإِنْ كَانَتْ الْمَعْصِيَةُ لَا تُوجِبُ حَقًّا عَلَيْهِ فِي الْحُكْمِ ، كَقِبْلَةِ أَجَنِيَّةٍ ، أَوِ الْخُلُوعِ بِهَا ، وَشُرْبِ مُسْكِرٍ ، أَوْ كَذِبٍ ، فَالتَّوْبَةُ مِنْهُ التَّدْمُ ، وَالْعَزْمُ عَلَى أَنْ لَا يَعُودَ . وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « التَّدْمُ تَوْبَةٌ » ^(١٢) . وَقِيلَ : التَّوْبَةُ النَّصُوحُ

٨٧/١١ ظ

(٥) سقط من : ب .

(٦) سورة النور ١٣ .

(٧) سقطت الواو من : ب ، م .

(٨) سورة آل عمران ١٣٥ ، ١٣٦ .

(٩) سورة النساء ١١٠ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٥٦٣/٩ .

(١١) في : أ ، ب ، م ، « لِلْمُؤْمِنِ » .

(١٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب ذكر التوبة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٤٢٠/٢ . والإمام أحمد ، في :

المستند ٣٧٦/١ ، ٤٢٣ ، ٤٣٣ . والحاكم ، في : كتاب التوبة والإنابة . المستدرک ٢٤٣/٤ . والبيهقي ، في : -

تَجْمَعُ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ ؛ التَّوْبَةُ بِالْقَلْبِ ، وَالِاسْتِغْفَارُ بِاللِّسَانِ ، وَالِاضْمَارُ أَنْ لَا يَعُودَ ، وَمُجَابَبَةُ خُلَطَاءِ السُّوءِ . وَإِنْ كَانَتْ تُوجِبُ عَلَيْهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ لِأَدَمِيٍّ ؛ كَمَنْعِ الزَّكَاةِ وَالْغَضَبِ ، فَالتَّوْبَةُ مِنْهُ بِمَا ذَكَرْنَا ، وَتَرْكِ الْمَظْلَمَةِ حَسَبَ إِمْكَانِهِ ، بَأَنْ يُؤَدِّيَ الزَّكَاةَ ، وَيُرُدَّ الْمَغْضُوبَ ، أَوْ مِثْلَهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَالْأَقِيمَتَهُ . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ ، تَوَيَّرَ رَدَّهُ مِنْ قَدَرٍ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ فِيهَا حَقٌّ فِي الْبَدَنِ ، فَإِنْ كَانَ حَقًّا لِأَدَمِيٍّ ، كَالْقِصَاصِ ، وَحَدِّ الْقَذْفِ ، اشْتَرَطَ فِي التَّوْبَةِ التَّمَكُّينَ ^(١٣) مِنْ نَفْسِهِ ، وَبَذْلَهَا لِلْمُسْتَحِقِّ ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، كَحَدِّ الزَّوْنِ ، وَشُرْبِ الْخَمْرِ ، فَتَوَبُّهُ أَيْضًا بِالنَّدَمِ ، وَالْعَزْمِ عَلَى تَرْكِ الْعَوْدِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِقْرَارُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَمْ يَشْتَهَرْ عَنْهُ ، فَالْأَوَّلَى لَهُ سِتْرٌ نَفْسِيٍّ ، وَالتَّوْبَةُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَتَى شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ ، فَلَيْسَتْ تَبْرَأَ بِسِتْرِ اللَّهِ ، فَإِنَّهُ مَنْ أَبْهَى لَنَا ^(١٤) صَفْحَتَهُ أَقْمَنَّا عَلَيْهِ الْحَدَّ » ^(١٥) . فَإِنَّ الْغَايِدَةَ حِينَ أَقْرَأَتْ بِالزَّوْنِ ، لَمْ يَنْكُرْ عَلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ ^(١٦) . وَإِنْ كَانَتْ مَعْصِيَةٌ مَشْهُورَةٌ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْأَوَّلَى الْإِقْرَارُ بِهِ ، لِيُقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَشْهُورًا ، فَلَا فَائِدَةَ فِي تَرْكِ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَرْكَ الْإِقْرَارِ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَرَضَ لِلْمُقِرِّ عِنْدَهُ بِالرُّجُوعِ عَنْ الْإِقْرَارِ ؛ فَعَرَضَ لِمَاعِزٍ ^(١٧) ، وَالْمُقِرُّ عِنْدَهُ بِالسَّرْقَةِ ^(١٨) بِالرُّجُوعِ / ، مَعَ اسْتِثْنَاءِ عَنْهُ بِالْإِقْرَارِ ، وَكَرِهَ الْإِقْرَارَ ، حَتَّى إِذَا قِيلَ لِمَا قَطَعَ السَّارِقُ : كَأَنَّمَا أُسِفَ وَجْهُهُ رِمَادًا ^(١٩) . وَلَمْ يَرِدِ الْأَمْرُ بِالْإِقْرَارِ ، وَلَا الْحَثُّ عَلَيْهِ فِي كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ ، وَلَا يَصِحُّ لَهُ قِيَاسٌ ، إِنْ تَأَوَّرَدَ الشَّرْعُ بِالسُّتْرِ ، وَالِاسْتِثْنَاءِ ، وَالتَّعْرِضِ لِلْمُقِرِّ بِالرُّجُوعِ عَنْ الْإِقْرَارِ . وَقَالَ لَهْزَالٍ ، وَكَانَ هُوَ الَّذِي

و ٨٨/١١

= باب شهادة القاذف ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٥٤/١٠ .

(١٣) في الأصل ، أ ، ب : التمكن .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . الموطأ ٨٢٥/٢ .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ٣١٣/١٢ .

(١٧) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٦/٢ .

(١٨) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/١٢ .

(١٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤١٩/١ ، ٤٣٨ .

أمر ماعزاً بالإقرار : « يَا هَزُلْ ، لَوْ سَرَّتَهُ بِتَوْبِكَ ، كَانَ خَيْرًا لَكَ »^(٢٠) . وقال أصحاب الشافعي : توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد . وليس بصحيح ؛ لما ذكرنا ، ولأن التوبة توجب حقيقتها بدون الإقرار ، وهي تجب ما قبلها ، كما ورد في الأخبار ، مع ما دلّت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار ، وترك الإصرار . وأما البدعة ، فالتوبة منها بالاغتراف بها ، والرجوع عنها ، واعتقاد ضيد ما كان يعتقده منها .

فصل : ظاهر كلام أحمد والخرقى ، أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة ، من قبول الشهادة ، وصحة ولايته في التكاج ، إصلاح العمل . وهو أحد^(٢١) القولين للشافعي^(٢٢) ، وفي القول الآخر ، يعتبر إصلاح العمل ، إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنى ، ولم يكمل عدد الشهود ، فإنه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح ، وما عداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة ، تظهر فيها توبته ، ويتبين فيها صلاحه . وذكر أبو الخطاب هذا رواية^(٢٣) عن أحمد^(٢٤) : « لَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا ﴾ . وهذا نص ، فإنه نهى عن قبول شهادتهم ، ثم استثنى الثابت المصلح ؛ ولأن عمر ، رضي الله عنه ، لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه ، حتى بلغته توبته ، فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة^(٢٥) . ولنا ، قوله ﷺ : « التوبة تجب ما قبلها »^(٢٦) . وقوله : « الثابت من الذنب كمن لا ذنب له »^(٢٧) . ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة ، فكذا ذلك الأحكام ، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار / ما بعده ، وهو أعظم الذنوب كلها^(٢٨) ، فمادونه أولى . فأما الآية ، فيحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة ،

٨٨/١١ ط

(٢٠) تقدم تحريجه ، في : ٣٨٠/١٢ .

(٢١-٢٢) في ب : قول الشافعي .

(٢٢-٢٣) في م : لأحمد .

(٢٣) أخرجه الدارمي ، في : باب من هاب الفنيا ، وكره التنطع والتبدع ، من المقدمة . سنن الدارمي ١/٥٤-٥٦ .

وانظر : الإصابة ٣/٤٥٨ ، ٤٥٩ .

(٢٤) لم نجده بهذا اللفظ ، وإنما الوارد : « الإسلام يجب ما قبله » و « الهجرة تجب ما قبلها » . انظر : المسند

١٩٩/٤ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ . وانظر ما تقدم في : ٥٦٣/٩ .

(٢٥) تقدم تحريجه في : ٥٦٣/٩ .

(٢٦) سقط من : أ ، ب .

وعطفه^(٢٧) عليها لاختلاف اللفظين ، ودليل ذلك ، قول عمر لأبي بكر : ثُب ، أَقْبَلْ شهادتك . ولم يُعتبر أمراً آخر ، ولأن من كان غاصباً ، فردَّ ما في يديه ، أو ما نبعاً للرِّكة ، فأدأها وتاب إلى الله تعالى ، قد حصل منه الإصلاح ، وعلم نزعاً عن مَعْصِيَتِهِ بأداء ما عليه ، ولو لم يردِّ التوبة ، كما^(٢٨) أدى ما في يديه^(٢٩) ، ولأن تقييده بالسنة تحكُّم لم يردِّ الشرع به^(٣٠) ، والتقدير إنما يثبت بالتوقيف ، وما ورد عن عمر في حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة ، وكانت توبته بسبب الضرب والهجران ، فيحتمل أنه أظهر التوبة تَسْتِراً ، بخلاف مسألتنا . وقد ذكر القاضي ، أن التائب من البدعة يُعتبر له مَضِي سَنَةٍ ، لحديث صبيغ . رواه أحمد في « الورع » ، قال : ومن علامة توبته ، أن يجتنب من كان يُؤالِه من أهل البدع ، ويؤالِي مَنْ كان يُعاديهِ من أهل السنة . والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها ، إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الإكراه ، كتوبة صبيغ ، فيُعتبر له مُدَّة تُظهِر أنَّ توبته عن^(٣١) إخلاص ، لا عن إكراه . وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية : ثُب ، أَقْبَلْ شهادتك . وقال مالك : لا أعرف هذا . قال الشافعي : وكيف لا يعرفه ، وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة ، وقاله عمر لأبي بكر ! .

١٩٠٤ - مسألة : قال (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ قَدْ كَانَ شَهِيدَ بِهَا وَهُوَ غَيْرُ عَدْلٍ ، رُوِّدَتْ عَلَيْهِ ، لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ فِي حَالِ عَدَالَتِهِ^(١))

وجملته أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق ، فردَّ شهادته لفسقه ، ثم تاب وأصلح ، وأعاد تلك الشهادة ، لم يكن له أن يُقبلها . وهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال أبو نؤير ، والمزني ، ودาวود : تُقبل . قال ابن المنذر : والنظر يدل على هذا ؛ لأنها شهادة

(٢٧) في ب : وعطفها .

(٢٨) في الأصل ، م ، ما .

(٢٩) في الأصل : يده .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في الأصل ، ب ، م : على .

(١) في ب : عدم الندم .

عَدْلٍ ، فَتَقْبَلُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ وَهُوَ كَافِرٌ / فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا بَعْدَ إِسْلَامِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي أَدَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُعَيَّرُ بِرَدِّهَا ، وَلِحَقَّتْهُ غَضَاظَةُ لَكُونِهَا رُدَّتْ بِسَبَبِ نَقْصِ بَتَعْيَرِ بِهِ ، وَصَلَاحُ حَالِهِ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِهِ يَزُولُ بِهِ الْعَارُ ، فَلَحَقَتْهُ التُّهْمَةُ فِي أَنَّهُ قَصَدَ إِظْهَارَ الْعَدَالَةِ ، وَإِعَادَةَ الشَّهَادَةِ لَتَقْبَلُ ، فَيَزُولُ مَا حَصَلَ بِرَدِّهَا ؛ وَلِأَنَّ الْفِسْقَ يَحْتَفِي ، فَيُحْتَاجُ فِي مَعْرِفَتِهِ إِلَى بَحْثٍ وَاجْتِهَادٍ ، فَعِنْدَ ذَلِكَ نَقُولُ : شَهَادَةُ مُرَدُّدَةٍ بِالْاجْتِهَادِ ، فَلَا تُقْبَلُ بِالْاجْتِهَادِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِ الْاجْتِهَادِ بِالْاجْتِهَادِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا رُدَّتْ شَهَادَةُ كَافِرٍ لِكُفْرِهِ ، أَوْ صَبِيٍّ لَصَغَرِهِ ، أَوْ عَبْدٍ لِرِقِّهِ ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْكَافِرُ ، وَبَلَغَ الصَّبِيُّ ، وَعَتَّقَ الْعَبْدُ ، وَأَعَادُوا تِلْكَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهَا لَا تُرَدُّ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ تُرَدُّ أَوَّلًا بِالْاجْتِهَادِ ، وَإِنَّمَا رُدَّتْ بِالْيَقِينِ ، وَلِأَنَّ الْبُلُوغَ وَالْحُرِّيَّةَ لِيَسَاوِيَنَّ فِعْلَ الشَّاهِدِ ، فَيُتَّهَمُ فِي أَنَّهُ فَعَلَهُمَا لَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَالْكَافِرُ لَا يَرَى كُفْرَهُ عَارًا ، وَلَا يَتْرُكُ دِينَهُ مِنْ أَجْلِ شَهَادَةٍ رُدَّتْ عَلَيْهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّخَعِيِّ ، وَالتَّرْهَرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَأَبِي الزِّنَادِ ، وَمَالِكٍ ، أَنَّهَا تُرَدُّ أَيْضًا فِي حَقِّ مَنْ أَسْلَمَ وَبَلَغَ ، وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً ^(١) كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا شَهَادَةُ مُرَدُّدَةٍ ، فَلَمْ تُقْبَلْ ، كَشَهَادَةِ مَنْ كَانَ فَاسِقًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَنْقُضِي فَرْقًا بَيْنَهُمَا فَيَفْتَرِقَانِ ^(٢) . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْعَبْدِ إِذَا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِرِقِّهِ ، ثُمَّ عَتَّقَ ، وَأَعَادَ ^(٣) تِلْكَ ^(٤) الشَّهَادَةَ ، رَوَايَتَانِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَوَّلَى أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، وَهُوَ أَمْرٌ يَظْهَرُ ، بِخِلَافِ الْفِسْقِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ السَّيِّدُ لِمُكَاثِبِهِ ، فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، أَوْ شَهِدَ وَارِثٌ لِمَوْرُوثِهِ بِالْجَرْحِ قَبْلَ الْإِثْمَالِ ، فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثُمَّ عَتَّقَ الْمُكَاثِبُ ، وَبَرَأَ الْجَرْحُ ، وَأَعَادُوا ^(٥) تِلْكَ الشَّهَادَةَ ، فَفِي قَبُولِهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الْمَانِعِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِمْ ، فَأَشْبَهَ زَوَالَ الصَّبِيِّ بِالْبُلُوغِ / ، وَلِأَنَّ رَدَّهَا بِسَبَبِ لَا عَارَ فِيهِ ، فَلَا يُتَّهَمُ فِي قَصْدِ نَفْيِ الْعَارِ بِإِعَادَتِهَا ، بِخِلَافِ الْفِسْقِ . وَالثَّانِي ، لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهَا بِاجْتِهَادِهِ ، فَلَا يَنْقُضُهَا

(٢) في ١ ، م زيادة : ذ أخرى .

(٣) في ١ ، ب ، م : ذ فيفرقان .

(٤) في الأصل ، م : ذ وادعى .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في ب : ذ وأعاد .

باجتهاده . والأول أشبه بالصحة ، فإن الأصل قبول شهادة العدل ، ما لم يمنع منه مانع ، ولا يصح القياس على الشهادة المردودة^(٧) للفسق ؛ لما ذكرنا بينهما من الفرق . ويخرج على هذا كل شهادة مردودة^(٨) ؛ إما للثمة ، أو لعدم الأهلية ، إذا أعادها بعد زوال الثمة ، ووجود الأهلية ، فهل تقبل ؟ على وجهين .

١٩٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ لَمْ يَشْهَدْ بِهَا عِنْدَ الْحَاكِمِ ، حَتَّى صَارَ عَدْلًا ، قُبِلَتْ مِنْهُ)

وذلك لأن التَّحْمُلَ لا يُغَيَّرُ فِيهِ الْعَدَالَةُ ، وَلَا الْبُلُوغُ ، وَلَا الْإِسْلَامُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةُ فِي ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا يُغَيَّرُ ذَلِكَ (فِي الْأَدَاءِ) ، فَإِذَا رَأَى الْفَاسِقُ شَيْئًا ، أَوْ سَمِعَهُ ، ثُمَّ عُدَلَ ، وَشَهِدَ بِهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ تَعْلَمُهُ ، وَهَكَذَا الصَّبِيُّ ، وَالْكَافِرُ إِذَا شَهِدَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَالْبُلُوغِ ، قُبِلَتْ . (وَكَذَلِكَ الرَّوَاةُ) ؛ وَلِذَلِكَ كَانَ الصَّبِيَّانِ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ يَرَوُونِ عَنْهُ بَعْدَ أَنْ كَبُرُوا ؛ كَالْحَسَنِ ، وَالْحُسَيْنِ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَالتَّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، وَابْنِ جَعْفَرٍ ، وَالشَّهَادَةُ فِي مَعْنَى الرَّوَاةِ ، وَلِذَلِكَ اُعْتَبِرَتْ لَهَا الْعَدَالَةُ وَغَيْرُهَا مِنَ الشُّرُوطِ الْمُغْتَبَرَةِ لِلشَّهَادَةِ .

١٩٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ شَهِدَ وَهُوَ عَدْلٌ ، فَلَمْ يُحْكَمْ بِشَهَادَتِهِ حَتَّى حَدَثَ مِنْهُ مَا لَا يَجُوزُ شَهَادَتُهُ مَعَهُ ، لَمْ يُحْكَمْ بِهَا)

وجملة ذلك أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ إِذَا شَهِدَا عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَمَا مَعَهُ تَقَبَّلَ شَهَادَتُهُ ، ثُمَّ لَمْ يَحْكَمْ بِهَا حَتَّى فَسَقَا ، أَوْ كَفَرَا ، لَمْ يُحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَالْمَزْنِيُّ : يُحْكَمْ بِهَا ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ لَيْسَ شَرْطًا فِي الْحُكْمِ ؛ بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَاتَا ؛ وَلَئِنْ فَسَقَهُمَا تَجَدَّدَ بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَجَدَّدَ

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١-١) في ١ : ١ : للأداء .

(٢-٢) في ب : ٢ : وكذا الرواية .

(١) في م : ١ : ولم .

٩٠/١١ بعد الحكم بها . وَوَجْهٌ ذَلِكَ مِنْ طَرِيقَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا / ، أَنَّ عِدَالَ الشَّاهِدِ شَرْطٌ لِلْحُكْمِ
فَيُعْتَبَرُ دَوَامُهَا إِلَى حِينِ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَا بُدَّ مِنْ وُجُودِهَا فِي الْمَشْرُوطِ ، وَإِذَا فَسَقَ
انْتَفَى الشَّرْطُ ، فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ ظُهُورَ فَسَقِهِ وَكَفَرِهِ ، يُدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِهِ ؛ لِأَنَّ
الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يُسِيرُ الْفِسْقَ ، وَيُظْهِرُ الْعِدَالَ ، وَالزُّنْدِيقُ يُسِيرُ كُفْرَهُ ، وَيُظْهِرُ إِسْلَامَهُ ،
فَلَا نَأْمُنُ كَوْنَهُ كَافِرًا أَوْ فَاسِقًا حِينَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ ، فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهَا مَعَ الشَّكِّ فِيهَا ، فَأَمَّا
إِنْ حَدَّثَ هَذَا مِنْهُ بَعْدَ الْحُكْمِ بِشَهَادَتِهِ ^(١) ، لَمْ يُنْقَضْ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ وَقَعَ صَحِيحًا ،
لَا سِتْمَارَ شَرْطِهِ إِلَى انْتِهَائِهِ ؛ وَلَآئِهْ قَدْ وَجِدَ مَقْرُونًا بِشَرْطِهِ ظَاهِرًا ، فَلَا يُنْقَضُ بِالشَّكِّ ، كَمَا
لَوْ رَجَعَ عَنِ الشَّهَادَةِ ، وَكَأَنَّ لَوْ صَلَّى بِالتَّيْمِيمِ ، ثُمَّ وَجَدَ الْمَاءَ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ
الاسْتِيفَاءِ ، وَكَانَ حَدَّثَ اللَّهَ تَعَالَى ، لَمْ يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهُ ^(٢) لِأَنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ^(٣) ، وَهَذَا شَبَهَةٌ
فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَجَعَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِهِ قَبْلَ اسْتِيفَائِهِ . وَإِنْ كَانَ مَا لَا اسْتِوْفَى ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ
تَمَّ ، وَثَبَتَ الْاسْتِحْقَاقُ بِأَمْرِ ظَاهِرِ الصَّحَّةِ ، فَلَا يَبْطُلُ بِأَمْرِ مُحْتَمَلٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَبْطُلْ
رُجُوعُهُ عَنِ إِقْرَارِهِ . وَإِنْ كَانَ حَدٌّ قَذِفٍ أَوْ قِصَاصًا ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يُسْتَوْفَى . وَهَذَا قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ آدَمِيٌّ مُطَالَبٌ بِهِ ، أَشْبَهَ الْمَالِ . وَالثَّانِي ، لَا
يُسْتَوْفَى . وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ عَلَى الْبَيِّنِ ^(٤) ، تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، أَشْبَهَ الْحَدِّ .
وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . فَأَمَّا مَا حَدَّثَ بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي حَدٍّ وَلَا حَقٍّ ؛
لِأَنَّ الْحَقَّ اسْتَوْفِيَ بِمَا ظَاهَرَهُ الصَّحَّةُ ، وَسَوَّغَ الشَّرْعُ اسْتِيفَاءَهُ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ مَا طَرَأَ
بَعْدَهُ ^(٥) ، كَمَا لَوْ لَمْ يَظْهَرْ شَيْءٌ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ أَدَّى الشَّهَادَةَ ، وَهَامِنْ أَهْلِهَا ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا ، حَكَمَ الْحَاكِمُ

٩٠/١١ بِشَهَادَتَيْهَا ، سَوَاءَ ثَبَّتَ عِدَاةُ التَّهْمَا فِي حَيَاتِهَا / ، أَوْ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وَسَوَاءَ كَانَ الْمَشْهُودُ
بِهِ حَدًّا أَوْ غَيْرَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ جُنُّوا ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يُؤَثِّرُ
فِي شَهَادَتِهِ ، وَلَا يُدَلُّ عَلَى الْكُذِبِ فِيهَا . وَلَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُوجِدًا حَالَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ ،

(٢) ق ب ، م : : بِشَهَادَةِ .

(٣-٣) ق م : : بِالشُّبُهَاتِ لِأَنَّهُ يَدْرَأُ .

(٤) ق ا : : الْقَذْفُ .

(٥) ق ا : : بَعْدَ .

وَالْجُنُونُ وَالْإِعْمَاءُ فِي مَعْنَاهُ ، بِخِلَافِ الْفُسْقِ وَالْكَفْرِ .

١٩٠٧ - مسألة : قال : (وَشَهَادَةُ الْعَدْلِ عَلَى شَهَادَةِ الْعَدْلِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ ، إِذَا كَانَ الشَّاهِدُ الْأَوَّلُ مَيِّتًا أَوْ غَائِبًا)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛ أحدها ، في جَوَازِهَا ، والثاني ، في مَوْضِعِهَا .
والثالث ، في شَرْطِهَا .

أَمَّا الْأَوَّلُ : فَإِنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ ، بِإِجْمَاعِ الْعُلَمَاءِ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : أَجْمَعَتِ الْعُلَمَاءُ مِنْ أَهْلِ الْحِجَازِ وَالْعِرَاقِ ، عَلَى إِمْضَاءِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الْأَمْوَالِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهَا ، فَإِنَّهَا لَوْ ^(١) لَمْ تُقْبَلْ لَبَطَلَّتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الْوُقُوفِ ^(٢) ، وَمَا يَتَأَخَّرُ إِبْثَانُهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ثُمَّ يَمُوتُ شَهِيدَهُ ، وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَى النَّاسِ ، وَمَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ ، فَجَبَّ أَنْ تُقْبَلَ ، كَشَهَادَةِ الْأَصْلِ .

الفصل الثاني : أَنَّهَا تُقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ ، وَمَا يُقَصَّدُ بِهِ الْمَالُ ، بِإِجْمَاعٍ ، كَمَا ذَكَرَ أَبُو عُبَيْدٍ ، وَلَا تُقْبَلُ فِي حَدٍّ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابِيهِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ ، وَكُلِّ حَقٍّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْبَغُ بِشَهَادَةِ الْأَصْلِ ، فَيُثْبِتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، كَالْمَالِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحُدُودَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى السِّتْرِ ، وَالذَّرْعِ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالْإِسْقَاطِ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِيهَا شُبُهَةٌ ؛ فَإِنَّهَا يَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا اخْتِمَالُ الْعَلَطِ وَالسَّهْوِ وَالْكَذِبِ فِي شُهُودِ الْقَرَجِ ، مَعَ اخْتِمَالِ ذَلِكَ فِي شُهُودِ ^(٣) الْأَصْلِ ، وَهَذَا اخْتِمَالٌ زَائِدٌ ، لَا يُوجَدُ فِي شَهَادَةِ الْأَصْلِ ، وَهُوَ مُعْتَبَرٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى شُهُودِ الْأَصْلِ ، فَجَبَّ أَنْ لَا تُقْبَلَ فِيمَا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ ، وَلِأَنَّهَا إِنَّمَا تُقْبَلُ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَيْهَا فِي الْحَدِّ ؛ لِأَنَّ سِتْرَ / صَاحِبِهِ أَوْلَى مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْأَمْوَالِ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ

و٩١/١١

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) ب : الموقوف . و : م : الوقف .

(٣) ب : م : جهود . تحريف .

في الحاجة والتساهل فيها ، ولا يصح قياسها على شهادة الأصل ؛ لما ذكرنا من الفرق ، فبطل إثباتها . وظاهر كلام أحمد ، أنها لا تقبل في القصاص أيضا ، ولا حد القذف ؛ لأنه قال : إنما تجوز في الحقوق ، أما الدماء والحد فلا . وهذا قول أبي حنيفة . وقال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور : تقبل . وهو ظاهر كلام الخريفي ؛ لقوله : في كل شيء إلا في الحدود . لأنه حق آدمي ، لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ، ولا يستحب ستره ، فأشبهه الأموال . وذكر أصحابنا هذا رواية عن أحمد ؛ لأن ابن منصور نقل أن سفيان قال : شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة . قال أحمد : ما أحسن ما قال . فجعله أصحابنا رواية في القصاص . وليس هذا برواية ؛ فإن الطلاق لا يشبه القصاص . والمذهب أنها لا تقبل فيه ؛ لأنه ^(١) عقوبة بدنية ، تدرأ بالشبهات ، وتبني على الإنقاط ، فأشبهت الحدود ، فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال ، كالنكاح والطلاق ، وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين ، فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق ، فدل على قبولها في جميع هذه الحقوق . وهو قول الخريفي . وقال ابن حامد : لا تقبل في النكاح . ونحوه قول أبي بكر . فعلى قولهما ، لا تقبل إلا في المال ، وما يقصد به المال . وهو قول أبي عبيد ؛ لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين ، فأشبه حد القذف . ووجه الأول ، أنه حق لا يدرأ بالشبهات ، فيثبت بالشهادة ^(٢) على الشهادة ، كالمال ، وهذا فارق الحدود .

الفصل الثالث : في شروطها ، ولها ثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن تتعذر شهادة ٩١/١١ الأصل ؛ لموت ، أو غيبة ، أو مرض ، أو حبس ، أو خوف من سلطان / ^(٣) أو غيره . وهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن أبي يوسف ، ومحمد ، جوازها مع القدرة على شهادة الأصل ، قياسا على الرواية وأخبار الدبانات . وروى عن الشعبي ، أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل ؛ لأنهما إذا كانا حيين ، رجي حضورهما ، فكانا كالخاضرين . وعن أحمد مثل هذا ، إلا أن القاضي تأوله على الموت ، وما في معناه من الغيبة

(٤) في ب : « لأنها » .

(٥-٥) سقط من : أ ، ب ، م .

(٦-٦) سقط من : الأصل .

البعيدة ونحوها . ويُمكن تأويل قول الشعبي على هذا ، فيزول هذا الخلاف . ولنا ، على اشتراط^(٧) تعدد شهادة شاهد الأصل ، أنه إذا أمكن^(٨) الحاكم أن يسمع^(٩) شهادة شاهدي الأصل ، استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع ، وكان أحوط للشهادة ، فإن سماعه منهما معلوم ، وصديق شاهدي الفرع عليها^(١٠) مَظنون ، والعمل باليقين مع إمكانه ، أولى من اتباع الظن ، ولأن شهادة الأصل تثبت نفس الحق ، وهذه إنما تثبت الشهادة عليه ، ولأن في شهادة الفرع ضعفًا ؛ لأنه يتطرق إليها احتمالان ؛ احتمال غلط شاهدي الأصل ، واحتمال غلط شاهدي الفرع ، فيكون ذلك وهنًا فيها ، ولذلك لم تنتهض لإثبات الحدود والقصاص ، فيتبيح أن لا تثبت إلا عند عدم شهادة^(١١) الأصل ، كسائر الأبدال ، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات ؛ لأنه خفف فيها ، ولهذا لا يعتبر فيها العدد ، ولا الذكورية ، ولا الحرية ، ولا اللفظ ، والحاجة داعية إليها في حق عموم الناس ، بخلاف مسائلنا . ولنا ، على قبولها عند تعددها بغير الموت ، أنه تعددت شهادة الأصل ، فتقبل شهادة الفرع ، كالمات شاهد الأصل ، ويخالف الحاضرين / فإن سماع سماع شهادتهما مُمكن ، فلم يجوز غير ذلك . إذ ثبت هذا ، فذكر القاضي أن الغيبة المشتركة لسماع شهادة الفرع ، أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه . وهذا قاله أبو يوسف ، وأبو حامد من أصحاب الشافعي ؛ لأن الشاهد تُشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾^(١٢) . وإذا لم يكلف الحضور ، تعدد سماع شهادته ، فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع . وقال أبو الخطاب : تُعتبر مسافة القصر . وهو قول أبي حنيفة ، وأبي الطيب الطبري^(١٣) ، مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصليه ؛ لأن ما دون ذلك في

(٧-٧) سقط من : ب .

(٨) في الأصل : استمع .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م : ١ شاهد .

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري ، أحد حملة مذهب الإمام الشافعي ورفاقه ، توفي سنة خمسين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ١٢/٥ - ٥٠ .

حُكِمَ الجاضر ، في التَّرخُّصِ وغيره ، بخلاف مسافة القصر . ويُعتبر دَوَامُ هذا الشرط إلى الحُكْمِ ، فلو شهدَ شاهدُ الفرع ، فلم يُحكَمْ بشهادتهما حتى حضرَ شاهدُ الأصل ، لَوَقَفَ^(١٣) الحُكْمُ على سماعِ شهادتهما ؛ لأنَّه قدَّرَ على الأصل قبل العمل بالبديل ، فلم يُجْزِ العملُ به ، كالمُتَّيَمِّمِ يَقْدِرُ على الماء قبل الصلاة ، ولأنَّ حضورَهما لو وُجِدَ قبل أداءِ شهادة الفرع ، منَع ، فإذا طرأ قبل الحُكْمِ ، منَع منه ، كالنسيق . الشرط الثاني ، أن تتحقَّقَ شروطُ الشهادة ، من العدالة وغيرها ، في كلِّ واحدٍ من شهودِ الأصل والفرع ، على الوجه الذي ذكرناه ؛ لأنَّ الحُكْمَ يَتَبَيَّنُ على الشَّهادَتَيْنِ جميعاً ، فاعتُبرتِ الشُّروطُ في كلِّ واحدٍ منهما . ولا خلاف في هذا نَعْلَمُه . فإن عَدَلَ شهودُ الفرع شهودُ الأصل ، فشهِدَا بعدالتهما وعلى شهادتهما ، جاز ، بغيرِ خلاف نَعْلَمُه . وإن لم يَشْهَدَا بعدالتهما ، جاز ، ويتولَّى الحاكمُ ذلك ، فإن عَلِمَ عدالتهما ، حكَمَ ، وإن لم يَعْرِفْهُمَا بَحَثَ عنها^(١٤) . وهذا قال الشافعي . وقال الثوري^(١٥) ، وأبو يوسف / : إن لم يُعَدَّلْ شاهدُ الفرع شاهدُي الأصل ، لم يَسْمَعْ الحاكمُ شهادتهما ؛ لأنَّ تَرْكَ تعديله يَرْتَابُ به الحاكمُ . وليس بصحيح ؛ لأنَّه يجوزُ أن لا يَعْرِفَا ذلك ، فيرجعُ فيه إلى بَحْثِ الحاكم ، ويجوزُ أن يَعْرِفَا عدالتهما ويَتَرَكَاها ، اكْتِفَاءً بما يَثْبُتُ عندَ الحاكمِ من عدالتهما ، ولا بُدَّ من استمرارِ هذا الشرط ، ووجودِ العدالة في الجميع إلى انقضاءِ الحُكْمِ ؛ لما ذكرنا في شاهدِ الأصل قبل هذا . وإن ماتَ شهودُ الأصل أو الفرع ، لم يَمْنَعْ الحُكْمَ ، وكذلك لو ماتَ شهودُ الأصل قبل أداءِ الفروع شهادتهم ، لم يَمْنَعْ من أدائها ، والحُكْمُ بها ؛ لأنَّ مَوْتَهُم من شرطِ سماعِ شهادة الفروع والحُكْمِ ، فلا يجوزُ جَعْلُهُ مانِعاً ، وكذلك إن جُنُّوا ؛ لأنَّ جُنُونَهُم بمنزلةِ مَوْتِهِم . الشرط الثالث ، أن يُعَيَّنَا شاهدُي الأصل ، ويُسمَّيَاهُمَا . وقال ابنُ جرير : إذا قالا : ذَكَرْنِي ، خَرَّتِي ، عَدْلَيْنِ . جاز ، وإن لم يُسمَّيَا ؛ لأنَّ العَرْضَ مَعْرِفَةُ الصَّغَاتِ دُونَ العَيْنِ . وليس بصحيح ؛ لجوازِ أن يكونَا عَدْلَيْنِ عندهما ، مَخْرُوجَيْنِ عندهما ؛ ولأنَّ المشهودَ عليه رُبَّمَا امْتَكَنَهُ جَرُّحُ الشُّهُودِ ، فإذا لم يَعْرِفْ أَغْيَاهُمَا ، تعذَّرَ عليه ذلك .

(١٣) ق م : وقف .

(١٤) ق ا : عنها .

(١٥) ق ا : أبو ثور .

الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَسْتَرْعِيَهُ شَاهِدُ الْأَصْلِ الشَّهَادَةِ^(١٦) ، فيقول : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا ، أَوْ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا . أَوْ يَسْمَعُ^(١٧) شَاهِدًا يَسْتَرْعِي آخَرَ شَهَادَةً يَشْهَدُ عَلَيْهَا ، فيجوزُ لهذا السَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ بِهَا ؛ لِحُصُولِ الِاسْتِرْعَاءِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا أَنْ يَسْتَرْعِيَهُ بَعْنَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ : قَالَ أَحْمَدُ : لَا تُكُونُ شَهَادَةُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَكَ ، فَأَمَّا إِذَا سَمِعْتَهُ يَتَحَدَّثُ ، فَأَمَّا ذَلِكَ حَدِيثٌ . وَمَا ذَكَرْنَاهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . فَأَمَّا إِنْ سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ عِنْدَ الْحَاكِمِ / ٩٣/١١ بِحَقٍّ ، أَوْ سَمِعَهُ يَشْهَدُ بِحَقٍّ يَعْزِيهِ إِلَى سَبَبٍ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا مِنْ ثَمَنِ بَيْعٍ . فَهَلْ يَشْهَدُ بِهِ ؟ قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ رِوَايَتَانِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ لَهُ الشَّهَادَةَ بِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ بِالشَّهَادَةِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَنِسْبَتِهِ لِلْحَقِّ^(١٨) إِلَى سَبَبِهِ ، يَزُولُ الْاِحْتِمَالُ ، وَيَرْتَفِعُ الْإِشْكَالُ ، فَتَجُوزُ لَهُ الشَّهَادَةُ عَلَى شَهَادَتِهِ ، كَمَا لَوْ اسْتَرْعَاهُ . وَالرَّوَايَةُ الْآخَرَى ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ فِيهَا مَعْنَى الثَّيَابَةِ ، فَلَا يَتُوبُ عَنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ . وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ قَالَ : هَذَا يَنْقُلُ شَهَادَتَهُ ، وَلَا يَتُوبُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَشْهَدُ مِثْلَ شَهَادَتِهِ ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : أَشْهَدُ أَنِّي أَشْهَدُ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا . فَالْأَشْبَهُ أَنْ يَجُوزَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي .^(١٩) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي^(٢٠) أَنِّي أَشْهَدُ . لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَشْهَدُ . فَقَدْ أَمَرَهُ بِالشَّهَادَةِ ، وَلَمْ يَسْتَرْعِهِ . وَمَا عَدَا هَذِهِ الْمَوَاضِعَ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهَا عَلَى الشَّهَادَةِ ، فَإِذَا سَمِعَهُ يَقُولُ : أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَرْعِهِ الشَّهَادَةُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَعَدَهُ بِهَا . وَقَدْ يُوصَفُ الْوَعْدُ بِالْوَجوبِ مَجَازًا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْعِدَّةُ دَيْنٌ »^(٢١) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالشَّهَادَةِ

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) لم : هـ : سمع .

(١٨) في : أ : الحق .

(١٩-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٠) أخرجه الديلمي وابن عساكر . انظر : الجامع الكبير ٤٣٠/١ .

الْعِلْمَ ، فلم يُجْزَ لسامِعِهِ الشَّهَادَةُ بِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ سَمِعَ رَجُلًا يَقُولُ : لِفُلَانٍ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ . جَازَ أَنْ يَشْهَدَ بِذَلِكَ ، فكذا هذا . قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الشَّهَادَةَ تَحْتَمِلُ الْعِلْمَ ، وَلَا يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ ذَاكَ^(٢١) . الثَّانِي ، أَنَّ الْإِقْرَارَ أَوْسَعُ فِي لُزُومِهِ مِنْ الشَّهَادَةِ ؛ بِدَلِيلِ صِحَّتِهِ / فِي الْمَجْهُولِ ، وَأَنَّهُ لَا يُرَاعَى فِيهِ الْعَدَدُ ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ ، وَلِأَنَّ الْإِقْرَارَ قَوْلُ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَمَتِّعٍ ، فَيَكُونُ أَقْوَى مِنْهَا ، وَلِهَذَا لَا تُسْمَعُ الشَّهَادَةُ فِي حَقِّ الْمُقَرَّرِ ، وَلَا يُحْكَمُ بِهَا . وَلَوْ قَالَ شَاهِدُ الْأَصْلِ : أَنَا أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا ، فَاشْهَدْ بِهِ أَنْتَ عَلَيْهِ . لَمْ يُجْزَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَرْعَاهُ شَهَادَتُهُ ، فَيَشْهَدُ عَلَيْهَا ، وَلَا هُوَ شَاهِدٌ بِالْحَقِّ ؛ لِأَنَّهُ مَا سَمِعَ الْاعْتِرَافَ بِهِ مِمَّنْ هُوَ عَلَيْهِ ، وَلَا شَاهِدٌ سَبِيهِ .

فصل : فَا مَّا كَيْفِيَّةُ الْأَدَاءِ إِذَا كَانَ قَدْ اسْتَرْعَاهُ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهُ يَقُولُ : أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانٍ ، وَقَدْ عَرَفْتَهُ بَعِيْنَهُ وَاسْمَهُ وَنَسَبَهُ وَعَدَالَتَهُ ، أَشْهَدُنِي أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ بَنَ فُلَانٍ ، عَلَى فُلَانٍ بَنَ فُلَانٍ ، كَذَا وَكَذَا ، أَوْ أَنَّ فُلَانًا أَقْرَعَ عِنْدِي بِكَذَا . وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ عَدَالَتَهُ لَمْ يَذْكُرْهَا . وَإِنْ سَمِعَهُ يُشْهِدُ غَيْرَهُ ، قَالَ : أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانٍ ، أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّ لِفُلَانٍ بَنَ فُلَانٍ ، عَلَى فُلَانٍ بَنَ فُلَانٍ ، كَذَا وَكَذَا . وَإِنْ كَانَ سَمِعَهُ يَشْهَدُ عِنْدَ الْحَاكِمِ قَالَ : أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانٍ ، شَهِدَ عَلَى فُلَانٍ بَنَ فُلَانٍ ، عِنْدَ الْحَاكِمِ بِكَذَا^(٢٢) . وَإِنْ كَانَ نَسَبَ الْحَقِّ إِلَى سَبِيهِ ، قَالَ : أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانٍ ، أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ بَنَ فُلَانٍ ، عَلَى فُلَانٍ بَنَ فُلَانٍ كَذَا وَكَذَا ،^(٢٣) مِنْ جِهَةٍ كَذَا وَكَذَا^(٢٤) . وَإِذَا أَرَادَ الْحَاكِمُ أَنْ يَكْتُبَ ذَلِكَ ، كَتَبَهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْأَدَاءِ .

فصل : وَاخْتَلَفَتِ الرُّوَايَةُ فِي شَرْطِ خَامِسٍ ، وَهُوَ الذِّكْرُ بِرُتْبَةٍ فِي شُهُودِ الْفَرْجِ ؛ فَفَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا شَرْطٌ ، فَلَا يُقْبَلُ فِي شُهُودِ الْفَرْجِ نِسَاءٌ بِحَالٍ ، سِوَاءَ كَانَ الْحَقُّ مِمَّا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، أَوْ لَا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَّبِعُونَ بِشَهَادَتِهِمْ

(٢١) ل : أ : ذ : ذَلِكَ . وَسَقَطَ مِنْ : م .

(٢٢) فِي الْإِهَادَةِ : قَالَ أَشْهَدُ .

(٢٣-٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

شهادةً شهود الأصل دون الحق . وليس ذلك بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال ، فأشبهه القصاص / والحد . والثانية ، للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الأصل . قال حَرَب : قيل لأحمد : فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين ، تجوز ؟ قال : نعم . يعنى إذا كان معهما ^(٢٤) رجل . وذكر الأوزاعي ، قال : سمعتُ ثُمَيْرَ بْنَ أَوْسٍ ^(٢٥) يُجِيزُ شهادة المرأة على شهادة ^(٢٦) المرأة . ووجهه ، أن المقصود بشهادة الفروع ^(٢٧) ، إثبات الحق الذى يشهد به شهود الأصل ، فقبلت فيه شهادتهن ، كالبيع . ويُفارق الحد والقصاص ؛ فإنه ليس القصْد من الشهادة به إثبات مال بمال ^(٢٨) . فأما شهود الأصل ، فيدخل النساء فيه ، فيجوز أن يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين ، في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال ، في قول أكثر أهل العلم . وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى ؛ لأن في الشهادة على الشهادة ضعفًا ؛ لما ذكرنا من قبل ، فلا مدخل للنساء فيها ؛ لأنها تزداد بشهادتهن ضعفًا . ولنا ، أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل ^(٢٩) ، فهى تثبت بشهادتهن ^(٣٠) ، وإن كانوا يثبتون نفس الحق ، فهى تثبت بشهادتهن ، ولأن النساء شهدن بالمال ، أو ما يقصد به المال ، فيثبت بشهادتهن ، كالمو أدبتهما عند الحاكم . وما ذكر للرواية الأخرى ، لا أصل له .

فصل : ويجوز أن يشهد على ^(٣١) كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع ، فيشهد شاهدًا فرع على شاهدَي أصل . قال القاضي : لا يختلف كلام أحمد في هذا . وهو قول شريح ، والشعبي ، والحسين ، وابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والثوري ، وإسحاق ،

(٢٤) سقط من : أ .

(٢٥) محمد بن أوس الأشعري ، قاضي دمشق ، ثقة ، قليل الحديث . توفي سنة خمس عشرة ومائة . تهذيب التهذيب ٤٧٦ ، ٤٧٥/١٠ .

(٢٦) سقط من : ب ، م .

(٢٧) في ١ : الفرع .

(٢٨) في ١ : الأصل .

(٢٩) في الأصل : فهو .

(٣٠) في الأصل ، ١ ، م : بشهادتهم . وكذلك في النسخ في الموضع الثاني .

وَالْبُتِّي ، وَالْعَبْرِيُّ ، وَتَمِيرِ بْنِ أَوْسٍ . قَالَ إِسْحَاقُ : لَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ، حَتَّى جَاءَ هَؤُلَاءِ . وَقَالَ أَحْمَدُ : وَشَاهِدٌ عَلَى شَاهِدٍ يَجُوزُ ، لَمْ يَزَلِ النَّاسُ عَلَى ذَا ؛ شَرِيحَ فَمَنْ دُونَهُ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَنْكَرَهُ . وَذَهَبَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ ، إِلَى أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ عَلَى كُلِّ / شَاهِدٍ أَصْلٌ إِلَّا شَاهِدًا فَرَجَ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ شَاهِدِي الْفَرَجِ يُثْبِتَانِ شَهَادَةَ شَاهِدِي الْأَصْلِ ، فَلَا تُثْبِتُ شَهَادَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَقْلٍ مِنْ شَاهِدَيْنِ ، كَمَا لَا يُثْبِتُ إِفْرَاقُ مُقَرَّرَيْنِ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ، يَشْهَدُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاحِدٌ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يُثْبِتُ بِشَاهِدَيْنِ ، وَقَدْ شَهِدَ اثْنَانِ بِمَا يُثْبِتُهُ ، فَيُثْبِتُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ ابْنُفَسَ الْحَقِّ ، وَلَئِنْ شَاهَدَى الْفَرَجُ بَدَلٍ مِنْ شَهَوِدِ الْأَصْلِ ، فَيَكْفِي فِي عَدِّهِمَا ^(٣١) مَا يَكْفِي فِي شَهَادَةِ الْأَصْلِ ، وَلَئِنْ هَذَا الْجَمَاعُ ، عَلَى مَا ذَكَرَهُ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ ، وَلَئِنْ شَاهَدَى الْفَرَجُ لَا يَتَقَلَّبَانِ عَنْ شَاهِدِي الْأَصْلِ حَقًّا عَلَيْهِمَا ، فَوَجِبَ أَنْ يَقْبَلَ فِيهِ قَوْلُ وَاحِدٍ ، كَأَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ ، فَإِنَّهُمْ إِنَّمَا يَتَقَلَّبُونَ الشَّهَادَةَ ، وَلَيْسَتْ حَقًّا عَلَيْهِمَا ^(٣٢) ، وَلِهَذَا لَوْ أَنْكَرَاهَا لَمْ يُعِيدِ الْحَاكِمُ عَلَيْهِمَا ، وَلَمْ يَطْلُبْهَا مِنْهُمَا . وَهَذَا الْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرُوهُ . فَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَمَنْ اغْتَبَرَ لِكُلِّ شَاهِدٍ أَصْلٌ شَاهِدِي فَرَجٍ ، أَجَازَ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شَاهِدِي الْأَصْلِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَرَأَيْتُ كَثِيرًا مِنَ الْحُكَّامِ وَالْمُفَتِّينَ يُجِيزُهُ . وَخَرَجَهُ عَلَى قَوْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، جَوَازُهُ . وَالْآخَرُ ، لَا يَجُوزُ حَتَّى يَكُونَ شَهَوِدُ الْفَرَجِ أَرْبَعَةً ، عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ أَصْلٍ شَاهِدًا فَرَجَ . وَاسْتَخَارَهُ الْمُزَنِيُّ ؛ لِأَنَّ مَنْ يُثْبِتُ بِهِ أَحَدَ طَرَفِي الشَّهَادَةِ ، لَا يُثْبِتُ بِهِ الطَّرْفَ الْآخَرَ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ أَصْلًا ^(٣٣) ^(٣٤) مَعَ شَاهِدٍ ^(٣٥) ، ثُمَّ شَهِدَ مَعَ آخَرَ عَلَى شَهَادَةِ ^(٣٥) شَاهِدِ الْأَصْلِ الْآخَرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى قَوْلَيْنِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَقْبَلَ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا ^(٣٦) بِإِفْرَاقِ اثْنَيْنِ ، أَوْ بِإِفْرَاقَيْنِ بِحَقَّتَيْنِ ^(٣٦) . وَإِنَّمَا لَمْ يُجْزَ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدُ الْأَصْلِ فَرَجًا ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ بَدَلُ أَصْلًا فِي شَهَادَةِ بَحْقٍ ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ ، وَلِأَنَّهُمْ

(٣١) ل: م ؛ ١ : عدها .

(٣٢) ب ؛ م ؛ ١ : عليهم .

(٣٣) ق ؛ ١ ، م ؛ ١ : أصل .

(٣٤) ٣٤ - ٣٤ : سقط من : الأصل ، ب .

(٣٥) سقط من : ١ .

(٣٦) ٣٦ - ٣٦ : في الأصل : ١ : اثنين بإقرارين بحقين . وفي ب : ١ : بإقرارين أو بإقرارين بحقين . وفي م : ١ : بإقرارين بحقين أو بإقرار اثنين .

يُثْبِتُونَ بِشَهَادَتِهِمْ شَهَادَةَ الْأَصْلِ ، وَلَيْسَتْ شَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ظَرْفًا لَشَهَادَةِ الْآخَرِ ، فَعَلِ
 قَوْلُ الشَّافِعِيِّ / أَنْ يَثْبُتَ الْحَقُّ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ شُهُودُ الْفَرْعِ سِتَّةً ،
 وَإِنْ كَانَ حَقٌّ يَثْبُتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ ، وَجَبَ ^(٣٧) أَنْ يَكُونَ شُهُودُ الْفَرْعِ ثَمَانِيَةً ، وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ
 بِهِ زَنًى ، تُخْرَجُ فِيهِ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ ، أَحَدُهَا ، لَا مَدْخَلَ لَشَهَادَةِ الْفَرْعِ فِي إِثْبَاتِهِ . وَالثَّانِي ،
 يَجُوزُ ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ شُهُودُ الْفَرْعِ سِتَّةً عَشَرَ ، فَيَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شُهُودِ
 الْأَصْلِ أَرْبَعَةً . الثَّلَاثُ ، يَكْفِي ثَمَانِيَةً . والرَّابِعُ ، يَكُونُونَ أَرْبَعَةً ، يَشْهَدُونَ عَلَى كُلِّ
 وَاحِدٍ . والخَامِسُ ، يَكْفِي شَاهِدَانِ يَشْهَدَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شُهُودِ الْأَصْلِ . وَهَذَا
 إِثْبَاتُ لِحَدِّ الزَّانِي بِشَاهِدَيْنِ ، وَهُوَ بَعِيدٌ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ شَاهِدًا أَصْلًا ، وَشَاهِدًا فَرْعًا ، يَشْهَدَانِ عَلَى شَهَادَةِ أَصْلِ
 آخَرَ ، جَازٍ . وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدًا أَصْلًا ، وَشَاهِدًا فَرْعًا ، تُخْرَجُ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ
 قَبْلُ ، وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدًا أَصْلًا ، ثُمَّ شَهِدَ هُوَ وَآخَرُ فَرْعًا عَلَى شَاهِدِ أَصْلٍ آخَرَ ، لَمْ يُقَدْ
 شَهَادَتُهُ ^(٣٨) الْفَرْعِيَّةَ شَيْعًا ، وَكَانَ حُكْمُ ذَلِكَ حُكْمَ مَا لَوْ شَهِدَ عَلَى شَهَادَتِهِ ^(٣٩) شَاهِدٌ
 وَاحِدٌ .

١٩٠٨ - مسألة : قال : (وَيَشْهَدُ عَلَى مَنْ سَمِعَهُ يَقْرَأُ بِحَقِّ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ
 لِلشَّاهِدِ : اشْهَدْ عَلَيَّ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحَدٍ ، فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَالْمَذْهَبُ مَا ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَبِهِ قَالَ
 الشَّعْبِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَعَنْ أَحَدٍ ، رَوَايَةٌ ثَانِيَةٌ ، لَا يَشْهَدُ حَتَّى يَقُولَ لَهُ الْمُقْرَأُ : اشْهَدْ عَلَيَّ . كَمَا
 أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ حَتَّى يَسْتَرْعِيَهُ إِثَابًا ، وَيَقُولَ لَهُ : اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي .
 وَعَنْهُ ، رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، إِذَا سَمِعَهُ يَقْرَأُ بِقَرْضِي ، لَا يَشْهَدُ ، وَإِذَا سَمِعَهُ يَقْرَأُ بِزَيْنِ ، يَشْهَدُ ^(١) ؛

(٣٧) في م : ٥ فوجب .

(٣٨) في ا ، ب : ٥ شهادة .

(٣٩) في الأصل : ٥ شهادة .

(١) في الأصل : ٥ شهد .

لأنَّ الْمُقَرَّبَ لِلَّذِينَ^(٦) مُعْتَرَفٌ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، وَالْمُقَرَّبُ بِالْقَرَضِ لَا يَتَعَرَّفُ بِذَلِكَ ، لِحَوَازِ
 أَنْ يَكُونَ اقْتَرَضَ مِنْهُ ، ثُمَّ وَقَاهُ . وَعَنْهُ رَوَايَةٌ رَابِعَةٌ ، إِذَا سَمِعَ شَيْئًا ، فَدُعِيَ إِلَى الشَّهَادَةِ
 ٩٥/١١ ط به^(٧) ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ شَهِدَ ، /^(٨) وَإِنْ شَاءَ^(٩) لَمْ يَشْهَدْ . قَالَ : وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ
 إِذَا أُشْهِدَ أَنْ يَشْهَدَ إِذَا دُعِيَ ، ﴿ وَلَا يَأْتِ الشَّهْدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾^(١٠) . قَالَ : إِذَا
 أُشْهِدُوا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِذَا سَمِعَ رَجُلًا يَقْرَأُ لِرَجُلٍ بِحَقٍّ ، وَلَمْ يَقُلْ : اشْهَدْ عَلَيَّ
 بِذَلِكَ . وَسَمِعَ^(١١) الشَّاهِدَ^(١٢) أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ ، فَيَقُولُ : اشْهَدْ أَنِّي حَضَرْتُ إِقْرَارَ فُلَانٍ
 بِكَذَا . وَلَا يَقُولُ : اشْهَدْ عَلَى إِقْرَارِهِ . وَإِنْ سَمِعَهُ يَقُولُ : اقْتَرَضْتُ مِنْ فُلَانٍ ، أَوْ قَبَضْتُ
 مِنْ فُلَانٍ . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ .^(١٣) وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ يَشْهَدُ بِمَا عَلِمَهُ ، وَقَدْ
 حَصَلَ لَهُ الْعِلْمُ بِسَمَاعِهِ ، فَجَازَ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ^(١٤) ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا رَأَاهُ مِنَ الْأَفْعَالِ . وَذَكَرَ
 الْقَاضِي أَنَّ فِي الْأَفْعَالِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَشْهَدُ بِهِ حَتَّى يَقُولَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : اشْهَدْ .
 وَهَذَا إِنْ أَرَادَ بِهِ الْعُمُومَ فِي جَمِيعِ الْأَفْعَالِ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى مَنَعِ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا
 بِالْكُلِّيَّةِ ، فَإِنَّ الْغَاصِبَ لَا يَقُولُ لِأَحَدٍ : اشْهَدْ عَلَيَّ أَنِّي أَغْصَبُ . وَلَا السَّارِقُ ، وَلَا
 الزَّانِي ، وَلَا الْقَاتِلُ ، وَأَشْيَاءُ هَؤُلَاءِ . وَقَدْ شَهِدَ أَبُو بَكْرَةَ وَأَصْحَابُهُ عَلَى الْمُغِيرَةِ بِالزَّانِي ،
 فَلَمْ يَقُلْ عَمْرٌ : هَلْ أُشْهِدُكُمْ أَوْ لَا^(١٥) . وَلَا قَالَ لِلَّذِينَ^(١٦) شَهِدُوا عَلَى قُدَامَةَ بِشْرٍ
 الْخَسْرِ^(١٧) ، وَلَا قَالَ عُمَانُ^(١٨) لِلَّذِينَ شَهِدُوا بِذَلِكَ^(١٩) عَلَى الْوَلِيدِ بْنِ عُقْبَةَ^(٢٠) .

(٢) فِي الْأَصْلِ نَادَا : مَعَهُ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٨٢ .

(٥) فِي ١ ، ب ، م ، ن : وَجَعَ .

(٦) فِي ١ ، م ، نَادَا : هَلْ .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ .

(٨) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ١٨٤/١١ . وَفِي م بَعْدَ هَذَا مَا سَأَلَى بَعْدَ قَوْلِهِ : الْوَلِيدُ بْنُ عُقْبَةَ .

(٩) فِي ١ ، ب ، م ، ن : الَّذِينَ .

(١٠) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٢٧٦/١٢ .

(١١) فِي م : عَمْرٌ .

(١٢) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب ، م .

(١٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٤٩٩/١٢ .

(١٤) ولم يَقُلْ هذا أحدٌ من الصحابة ، ولا من غيرهم ^(١٤) . وإن أرادَ به الأفعال التي تكونُ بالتراضي ، كالقرض ، والقَبْض فيه ، وفي الرهن والبيع ، والافتراق ، ونحو ذلك ، جاز .

فصل : ولو حضرَ شاهدانِ حَسَابًا بين اثْنَيْنِ ^(١٥) ، شَرَطًا عليهما أن لا يَحْفَظَا عليهما شيئًا ، كان للشاهدين أن يشهدا بما سَمِعاهُ منهما ، ولم يَسْقُطْ ذلك بشرطهما ^(١٦) ؛ لأنَّ للشاهد أن يشهد بما سَمِعَهُ أو عَلِمَهُ ، وذلك قد حصلَ له ، سواءً أشهده أو سَمِعَهُ ، وكذلك يشهدانِ على العُقود بحضورِها ، وعلى الجنایات بمشاهدتهما ، ولا يَحْتَاجانِ إلى إظهار . وهذا قال ابنُ سَينٍ ، ومالكٌ ، والثوريُّ ، والشافعيُّ .

فصل : والحقوقُ على ضربَيْنِ ؛ أحدهما ، حقٌّ لآدميٍّ مُعَيَّنٍ ، كالحقوقِ المَالِيَّةِ ، والنكاحِ / ، وغيره من العُقودِ والعُقوباتِ ، كالقصاصِ ، وحَدِّ القَذْفِ ، والوَقْفِ على آدميٍّ مُعَيَّنٍ ، فلا تُسَمَعُ الشَّهادةُ فيه إلا بعدَ الدَّعْوَى ؛ لأنَّ الشَّهادةَ فيه حقٌّ لآدميٍّ ، فلا تُسْتَوْفَى إلا بعدَ مطالَبَتِهِ وإذْنِهِ ، ولأنَّها حُجَّةٌ على الدَّعْوَى ، ودَلِيلٌ لها ، فلا يجوزُ تَقْدِمُهَا ^(١٧) عليها . والضَّرْبُ الثاني ، ما كان حقًّا لآدميٍّ غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالوَقْفِ على الفقراءِ ، والمساكينِ ، أو جميعِ المُسلمينِ ، أو على مُسْجِدٍ ، أو سِقَايَةٍ ، أو مَقْبَرَةٍ مُسَبَّلَةٍ ، أو الوَصِيَّةِ لشيءٍ من ذلك ، ونحو هذا ، أو ما كان حقًّا لله تعالى ، كالحدودِ الخَالِصَةِ لله تعالى ، أو الزَّكَاةِ ، أو الكَفَّارَةِ ، فلا تَقْتَضِي الشَّهادةُ به إلى تَقْدِيمِ الدَّعْوَى ؛ لأنَّ ذلك ليس له مُسْتَحِقٌّ مُعَيَّنٌ من الآدميينِ يَدْعِيهِ ، ويُطَالَبُ به ، ولذلك شَهِدَ أبو بَكْرَةَ وَأَصْحَابُهُ على المُغِيرَةِ ، وشَهِدَ الجَارُودُ وأبو هُرَيْرَةَ على قَدَامَةَ بنِ مَظْعُونٍ بِشُرْبِ الخمرِ ، وشَهِدَ الذين شَهِدُوا على الوليدِ بنِ عَقْبَةَ بِشُرْبِ الخمرِ أيضًا ، من غيرِ تَقْدِيمِ دَعْوَى ، فَأَجِيزَتْ شَهادَتُهُمْ ، ولذلك لم يُعْتَبَرْ في ابتداءِ الوَقْفِ قَبُولُ من أحدٍ ، ولا رَضَى منه . وكذلك ما لا يَتَعَلَّقُ به حقٌّ لأحدِ القَرِيبِينَ ^(١٨) ، كتحريمِ الزَّوْجَةِ بالطَّلَاقِ ، أو الظَّهَارِ ، أو إغتناقِ الرَّقِيقِ ، تجوزُ الحِسْبَةُ به ، ولا تُعْتَبَرُ فيه دَعْوَى . ولو شَهِدَ شاهدانِ بِعَقْبِ عَبْدِ أُمِّةٍ

(١٤ - ١٤) جاء هذا في م بعد قوله : هل أشهدكم أولا ؟ . السابق .

(١٥) في ١ : رجلين .

(١٦) في ١ : م ، : شرطهما .

(١٧) في الأصل : تقدمها .

(١٨) سقط من : الأصل .

ابتداءً ، نَبَتَ ذلك ، سواءً صدَّقهما^(١٩) المشهودُ بعِثته ، أو لم يُصدِّقهما^(٢٠) . وهذا قال الشافعيُّ . وبه قال أبو حنيفة في الأَمَةِ . وقال في العبد : لا يَثْبُتُ ، ما لم يُصدِّق العبدُ به ، ويُدْعِيه ؛ لأنَّ العِتْقَ حقُّه ، فأشَبَّه سائرَ حُقوقِهِ . ولنا ، أنَّها شهادةٌ بعِثتي ، فلا تفتقرُ إلى تَقْدِيمِ^(٢١) الدَّعْوَى ، كعِتْقِ الأَمَةِ ، ويُخالفُ سائرَ الحُقوقِ ؛ لأنَّه حقٌّ لله تعالى ، ولهذا لا يفتقرُ إلى قَبُولِ العِتْقِ^(٢٢) . ودليلُ ذلك الأَمَةُ . وما ذكروه يَبْطُلُ بعِثَتِ الأَمَةِ . فإن قال^(٢٣) : ٩٦/١ ظ الأَمَةُ يَتَعَلَّقُ بِإِعْتاقِها تَحْرِيمُ الوَطْءِ . قلنا : هذا لا أَثَرُ له ، فإنَّ البَيْعَ^(٢٤) يُوجِبُ تَحْرِيمَها / عليه ، ولا تُسْمَعُ الشَّهادَةُ به^(٢٥) إلَّا بَعْدَ الدَّعْوَى .

فصل : ومن كانت عنده شهادة^(٢٦) لآدميٍّ ، لم يَحُلْ ، إمَّا أن يكونَ عالمًا بها ، أو غيرَ عالمٍ ، فإن كان عالمًا بها ، لم يَجْزُ للشَّاهِدِ أدائها حتى يَسْأَلَهُ ذلك ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ، ثُمَّ يَأْتِي قَوْمٌ يَنْذُرُونَ وَلَا يُؤْفُونَ ، وَيَشْهَدُونَ وَلَا يُسْتَشْهَدُونَ ، وَيَخُونُونَ وَلَا يُؤْتَمَنُونَ » . رواه البخاريُّ^(٢٧) . ولأنَّ أداءَها حقٌّ للمَشْهُودِ له ، فلا يُسْتَوْفَى إلَّا بِرِضاهُ كسائرِ حُقوقِهِ . وإن كان المشهودُ له غيرَ عالمٍ بها ، جازَ للشَّاهِدِ أدائها قبلَ طَلَبِها ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « أَلَا أُنبِئُكُمْ بِخَيْرِ الشَّهَدَاءِ ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسأَلَها » . رواه مُسْلِمٌ ، وأبو داودَ ، ومالكٌ^(٢٨) .

(١٩-١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٠) في ١ : تقديم .

(٢١) في م : للمعنى .

(٢٢) في ب ، م : قيل .

(٢٣) في م : المنع .

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥) في ١ : دعوى .

(٢٦) تقدم تحريمه ، في : ٦٢١/١٣ .

(٢٧) أخرجه مسلم ، في : باب بيان غير الشهود ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٤٤/٣ . وأبو داود : في :

باب في الشهادات ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الشهادات ، من

كتاب الأقضية . الموطأ ٧٢٠/٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في الشهود أيهم خير ، من أبواب الشهادات . عارضة الأخوذى ١٦٩/٩ ،

١٧٠ . وابن ماجه ، في : باب الرجل عنده شهادة لا يعلم بها صاحبها ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٢/٢ = .

وقال مالك : هو الذى يأتى بشهادته ، ولا يَعْلَمُ بها الذى هى له . وهذا الحديث وإن كان مُطلقاً ، فإنه يتعيّن حمله على هذه الصور ، جَمْعاً بين الحَدِيثَيْن ؛ ولأنّه إذا لم يَكُنْ عالِماً بها ، فتركه طلبها لا يدلّ على أنّه لا يريد إقامتها ، بخلاف العالم بها . وهذا مذهب الشافعى .

فصل : ويُعتَبَرُ لفظُ الشَّهادةِ فى أدائها ، فيقول : أشهدُ أنّه أقرّ بكذا . ونحوه . ولو قال : أعلمُ ، أو أحيى ، أو أثبتُّ ، أو أعرفُ . لم يُعتدّ به ؛ لأنّ الشَّهادةَ مصدرُ شَهِدَ يشهدُ شَهادَةً ، فلا بُدَّ من الإتيانِ بفعلها المُشتقِّ منها ، ولأنّ فيها معنى لا يَحْصُلُ فى غيرها من اللفظَاتِ ؛ بدليل أنّها تُستعملُ فى اليمين ، فيقال : أشهدُ بالله . ولهذا تُستعملُ فى اللعانِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك من غيرها . وهذا مذهب الشافعى ، ولا أعلمُ فيه خلافاً .

١٩٠٩ - مسألة : قال : (وَكُجُورُ شَهَادَةِ الْمُسْتَحْفَى ، إِذَا كَانَ عَدْلًا)

المُسْتَحْفَى : هو الذى يُخْفَى نفسه عن المَشْهُودِ عليه ؛ لِيَسْمَعَ إقراره ، ولا يَعْلَمُ به ، مثلُ مَنْ / يَجْحَدُ الْحَقَّ عِلَاقَةً ، ويُقرُّ به سِرّاً ، فيَحْتَبِيّ شاهدان فى مَوْضِعٍ لا يَعْلَمُ بهما ، لِيَسْمَعَ إقراره به ، ثم يشهد به ، فشهادتهما مقبولة ، على الرواية الصحيحة . وهذا قال عمرو^(١) بن حريث . وقال : كذلك يُفَعَّلُ بالخائف والفاجر^(٢) . وروى مثل ذلك عن شريح^(٣) . وهو قول الشافعى . وروى عن أحمد ، رواية أخرى ، لا تُسْمَعُ شهادته ، وهو اختيار أبى بكر ، وابن أبى موسى . وروى ذلك عن شريح^(٤) ، والشعبيّ ؛ لأنّ الله تعالى قال : ﴿ وَلَا تَجْسُؤْا ﴾^(٥) . وروى عن النبي ﷺ ، أنّه قال : « مَنْ حَدَّثَ بِحَدِيثِ

= والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١١٥ - ١١٧ ، ١٩٢/٥ ، ١٩٣ ،

(١) عمرو بن حريث بن عمرو الخزيمى الكوفى ، له صحبة ، ولد فى أيام بدر . وقيل : قبل الهجرة بستين . توفى سنة خمس ومائتين . الإحصاء ٤/٦١٩ .

(٢) أوردته البخارى ، فى : باب شهادة الخفى ، من كتاب الشهادات . صحيح البخارى ٣/٢٢٠ . والبقى ، فى : باب ما جاء فى شهادة الخفى ، من كتاب الشهادات . السنن الكبرى ١٠/٢٥١ . وعبد الرزاق ، فى : باب السمع شهادة وشهادة الخفى ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/٣٥٦ .

(٣) ذكره وكيع ، فى : أخبار القضاة ٢/٢٣٩ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب السمع شهادة وشهادة الخفى ، من كتاب الشهادات . المصنف ٨/٣٥٦ .

(٥) سورة الحجرات ١٢ .

ثُمَّ التَفَّتْ ، فَهِيَ أَمَانَةٌ ^(٦) . يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِسَامِعِهِ ذِكْرُهُ عَنْهُ ؛ لِإِتِفَاقِهِ وَحَذَرِهِ . وَقَالَ
 مَالِكٌ : إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ضَعِيفًا يَنْخَدِعُ ^(٧) ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ،
 قُبِلَتْ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا شَهِدَا بِمَا سَمِعَاهُ يَقِينًا ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، كَمَا لَوْ عَلِمَ بِهِمَا ^(٨) .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في نقل الحديث ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٦٦/٢ . والترمذي ، في : باب ما
 جاء أن المجالس أمانة ، من أبواب البر والهيبة . عارضة الأحوذى ١٣٨/٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٤/٣ ،
 ٣٥٢ ، ٣٨٠ ، ٣٩٤ .

(٧) في الأصل : « يَنْخَدِعُ » . وفي ١ : « يَنْخَدِعُ » .

(٨) في ١ ، ب ، م ، ن : « بِهِمَا » .

كتاب الأفضية

١٩١٠ - مسألة : قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَإِذَا هَلَكَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ وَلَدَيْنِ وَمَاتَنِي دِرْهَمٌ ، فَأَقْرَأَهُمَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ دَيْنًا عَلَى أَبِيهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، دَفَعَ إِلَى الْمُقْرَأَةِ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ مِنْ إِرْثِهِ عَنْ أَبِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُقْرَأُ عَدْلًا ، فَيَشَاءُ الْغَرِيمُ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ شَهَادَةِ الْإِبْنِ ، وَيَأْخُذَ مِائَةً ، وَتَكُونَ الْمِائَةُ الْبَاقِيَّةُ بَيْنَ الْاِثْنَيْنِ)

هذه المسألة في الإقرار من بعض الورثة ، وقد ذكرناها في باب الإقرار^(١) ، وأنه إنما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه ، وميراثه ههنا النصف ، فيكون عليه نصف الدين ؛ وهو نصف المائة ، ونصفها الباقي يشهد به على أخيه ، فإن كان عدلاً ، فشاء الغريم ، خلف مع شهادته ، واستحق الباقي ؛ لأنه لا تهمة في حق الابن المقر ، فإنه لا يجزئ إلى نفسه بهذه الشهادة نفعا ، ولا يدفع بها ضررا . وإن شهد أجنبى مع الوارث المقر ، كملت الشهادة ، وحكم للمدعى بما شهد به له ، إذا كانا عدلين ، وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ، ولا يكتفى بلفظ الإقرار في الشهادة ؛ / لما ذكرنا من قبل . وإن كان الإقرار من اثنين من الورثة عدلين ؛ مثل أن يخلف ثلاثة بينين ، فيقر اثنان منهم بالدين ، ويشهدان به ، فإن شهادتهما تقبل ، ويثبت باقي الدين في حق المنكر . وهذا كله قال الحسن ، والشافعي^(٢) ، والشافعي ، وابن المنذر . وقال حماد ، وأصحاب الرأي : المقر به كله في نصيب المقر . وهو قول الشافعي ، وعلى هذا ينبغي^(٣) أن لا تقبل شهادة المقر بالدين ؛ لأنه يجزئ بشهادته نفعا إلى نفسه ، وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه . والإقرار بوصية تخرج من الثلث ، كالإقرار بالدين ، فيما^(٤) ذكرناه .

(١) تقدم في ٣٢٨/٧ .

(٢) كذا ورد في النسخ . وانظر : ما يأتي .

(٣) سقط من : ب .

(٤) في ب : على ما .

فصل : ولو ثبت لرجل على رجل دين بينية ، لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية ، في قول عامة أهل العلم ، إلا ابن أبي ليلى ، قال : لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك . فيحتمل أنه منع من ذلك لئلا يواطىء من يشهد له بدين ، فيحاص^(٥) الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه . ولنا ، أنه عدل غير متهم ، فتقبل شهادته له كغيره ، وذلك لأنه لا يجزئ بشهادته إلى نفسه نفعا ، ولا يدفع بها ضررا ، بل يضرب نفسه ، لكون المشهود له بواجبه في الاستيفاء ، وينقص ما يأخذه ، فهو أقرب إلى الصدق ، وأخرى أن تقبل شهادته ، وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الأجنبية ، ولم يمنع قبول شهادته .

١٩١١ - مسألة : قال : (وَلَوْ هَلَكَ رَجُلٌ عَنِ ابْنَيْنِ ، وَلَهُ حَقٌّ بِشَاهِدٍ ، وَعَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ مَا يَسْتَعْرِقُ مِيرَاثَهُ ، فَأَبَى الْوَارِثَانِ أَنْ يَخْلِفَا مَعَ الشَّاهِدِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْغَرِيمِ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ شَاهِدِ الْمَيِّتِ ، وَيَسْتَحِقَّ ، فَإِنْ خَلَفَ الْوَارِثَانِ مَعَ الشَّاهِدِ ، حَكِمَ بِالَّذِينَ ، فَلَدَفَ إِلَى الْغَرِيمِ)

وجعلته أن الرجل إذا مات مفلسا ، وأدعى ورثته ديناً له على رجل ، فأكثر ، فأقاموا شاهداً عدلاً ، وخلفوا معه ، حكم بالدين للميت ، ثم نقصى منه ديونه ، ثم تنفذ وصاياه من الثلث ، إلا أن يجيز الورثة ، فإن أبى / الورثة أن يخلفوا ، لم يكن للغريم أن يخلف^(١) مع شاهد الميت . وبهذا قال إسحاق ، وأبو ثور ، والشافعي في الجديد ، وقال في القديم : للغريم أن يخلف^(١) ، ويستحق . وهذا قول مالك ؛ لأن حقه متعلق به ، بدليل أنه لو ثبت المال ، قدم حقه على الورثة ، وكانت له التيمين كالوارث . ولنا ، أن الدين للورثة دون الغريم ، فلم يكن له أن يخلف عليه ، كما لو لم يستغرق الدين ميراثه ، والدليل على أنه للوارث ، أنه يكتفى بيمينه ، ولو كان لغيره لما احتجى بها ، ولأن حق الغريم في ذمة الميت ، والدين للميت ، ولهذا يشهد الشاهد بأن الدين للميت ، والذي يخلف معه

(٥) في ب : في فيخلص .

(١-١) سقط من : ب . نقل نظر .

إِنَّمَا يَخْلِفُ عَلَى هَذَا ، وَلَا يَجُوزُ لِلْغَرِيمِ أَنْ يَخْلِفَ أَنْ^(٢) لِي^(٣) فِي ذِمَّةِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ذِمَّتًا ،
بِالِاتِّفَاقِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى ذَيْنِ غَيْرِهِ الَّذِي لَا فِعْلَ لَهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا جَعَلَ
الْيَمِينَ لِلْمَالِكِ ، وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا الْوَكِيلَ ؛ لِأَنَّهُ يَخْلِفُ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ ؛ وَلِأَنَّ الْغَرِيمَ لَوْ
حَلَفَ مَعَ الشَّاهِدِ ، ثُمَّ أَبْرَأَ الْمَيِّتَ مِنَ الذَّيْنِ ، لَرَجَعَ الذَّيْنُ إِلَى الْوَرِثَةِ ، وَلَوْ كَانَ قَدْ ثَبَتَ لَهُ^(٤)
بَيِّنَتُهُ ، لَمْ يَرْجَعْ إِلَيْهِمْ . وَهَكَذَا لَوْ وَصَّى الْمَيِّتُ لِإِنْسَانٍ ، ثُمَّ لَمْ يَخْلِفِ الْوَرِثَةُ ، لَمْ يَكُنْ
لِلْمَوْصَى لَهُ أَنْ يَخْلِفَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُ الْاِثْنَيْنِ مَعَ الشَّاهِدِ ، لَمْ يَثْبُتْ مِنَ الذَّيْنِ إِلَّا قَدْرُ حَصَّتِهِ .
وهكذا إِذَا ادَّعَى الْوَرِثَةُ وَصِيَّةً لِأَيِّهِمْ أَوْ ذِمَّتًا ، وَأَقَامُوا شَاهِدًا ، لَمْ يَثْبُتْ جَمِيعُهُ إِلَّا بِأَيِّمَانِ
جَمِيعِهِمْ . وَإِنْ حَلَفَ بَعْضُهُمْ ، ثَبَتَ مِنَ الذَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، وَلَا يُشَارِكُهُ فِيهِ بَاقِي
الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُمْ حَقٌّ بِذَوْنِ أَيْمَانِهِمْ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقُّوا يَمِينَ غَيْرِهِمْ ، وَيَقْضَى
مِنْ ذَيْنِ أَيِّهِ بِقَدْرِ مَا ثَبَتَ لَهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي الْوَرِثَةِ صَغِيرٌ أَوْ مَعْتَوَةٌ ، وَقَفَ حَقُّهُ ، حَتَّى يَبْلُغَ
الصَّغِيرُ وَيَقْعَلَ الْمَعْتَوَةُ ؛ لِأَنَّهُ / لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى حَالِهِ ، وَلَا يَخْلِفَ وَلِيِّهِ ؛ لَكَوْنِ
الْيَمِينِ لَا تَدْخُلُهَا النَّيَابَةُ . وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أُخْرُسُ مَفْهُومُ الْإِشَارَةِ ، حَلَفَ وَأُعْطِيَ حَصَّتَهُ ،
وَلِنْ لَمْ تَقْطَعْ إشارَتُهُ ، وَقَفَ حَقُّهُ أَيْضًا . فَإِنْ مَاتَ ، أَوْ مَاتَ الصَّبِيُّ وَالْمَعْتَوَةُ ، قَامَ وَرَثَتُهُمْ
مَقَامَهُمْ فِي الْيَمِينِ وَالِاسْتِحْقَاقِ . فَإِنْ طَالَ أَوْلِيَاؤُهُمَا فِي حَيَاتِهِمَا بِحَبْسِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ
حَتَّى يَبْلُغَ الصَّبِيُّ ، وَيَفِيقَ الْمَجْنُونُ ، وَيَقْعَلَ الْأَخْرَسُ الْإِشَارَةَ ، أَوْ بِإِقَامَةِ كَفِيلٍ ، لَمْ
يُجَابُوا إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَذَابٌ لَا يُسْتَحَقُّ عَلَى مَنْ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ حَقٌّ .

فصل : وَرِكَّةُ الْمَيِّتِ يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهَا لَوَرِثَتِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ أَوْ لَمْ يَكُنْ . نَصَّ
عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَمْلَسَ ، ثُمَّ مَاتَ ، قَالَ : قَدْ انْتَقَلَ الْمَبِيعُ^(٥) إِلَى الْوَرِثَةِ ، وَحَصَلَ مِلْكًا^(٦)
لَهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ الذَّيْنُ يُسْتَغْرَقُ التَّرِكَةَ ، مُنِعَ نَقْلُهَا إِلَى
الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُسْتَغْرَقُهَا ، لَمْ يُنْتَجِ انْتِقَالُ شَيْءٍ مِنْهَا . وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْإِسْطَخْرِيُّ :

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : أ ، ب .

(٤) في الأصل : البيع .

(٥) في أ ، ب ، م : ملكه .

يُمنع بقدره . وقد أوماً أحمد إلى مثل هذا ؛ فإنه قال ؛ في أربعة يمين ترك أبوهم داراً وعليه دين ، فقال أحد التينين : أنا أعطى ، ودعوا إلى الربع . فقال أحمد : هذه الدار للغرماء ، لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا^(٦) الدين . وهذا يدل على أنها لم تنتقل إليهم عنده ؛ لأنه منع^(٧) الوارث من إمساك الربع بدفع قيمته ؛ لأن الدين لم يثبت في ذمم الورثة ، فيجب أن يتعلق بالتركة . والمذهب الأول ، ولهذا قلنا ؛ إن الغريم لا يخلف على دين الميت . وذلك لأن^(٨) الدين محلله الذمة ، وإنما يتعلق بالتركة ، فيخير الورثة بين^(٩) قضاء الدين^(١٠) منها ، أو من غيرها ، كالرهن والجاني ، ولهذا لا يلزم الغرماء^(١١) نفقة العبيد ، ولا يكون نساء التركة لهم ، ولأنه لا يحل من أن تنتقل إلى الورثة ، أو إلى الغرماء ، أو تبقى للميت ، أو لا تكون لأحد ، لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء ؛ لأنها لو / انتقلت إليهم ، لزمهم نفقة الحيوان^(١٢) ، وكان نساءها لهم غير محسوب من ذنهم ، ولا يجوز أن تبقى للميت ؛ لأنه لم يبق أهلاً للملك ، ولا يجوز أن^(١٣) لا تكون^(١٤) لأحد ؛ لأنه مال مملوك ، فلا بد من مالك ؛ ولأنها لو بقيت بغير مالك ، لأبيح لمن يملكها ، كسائر المباحات ، فثبت أنها انتقلت إلى الورثة . فعلى هذا ، إذا مات التركة ، مثل أن غلب الدار ، وأثمرت النخيل ، ونسجت الماشية ، فهو للوارث ، يتفرده ، لا يتعلق به حق الغرماء ؛ لأنه نساء ملكه ، فأشبهه كسب الجاني . ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء ؛ كنساء الرهن . ومن اختار الأول ، قال : يتعلق الحق بالرهن أكد ؛ لأنه ثبت باختيار المالك ورضاه ، ولهذا منع التصرف فيه ، وهذا يثبت بغير رضى المالك ، ولم يمنع التصرف ، فكان أشبه بالجاني . وعلى الرواية الأخرى ، يكون نساء التركة حكمه حكم التركة ، وما يحتاج إليه من المؤنة منها . وإن تصرف الورثة في التركة ، ببيع أو هبة أو قسمة ، فعلى الرواية الأولى ، تصرفهم صحيح ، فإن قضوا الدين ، ولا نقصت

(٦) في ١ : يؤدوا .

(٧) في م : يمنع .

(٨) في ١ ، م : أن .

(٩-٩) في ١ : قضاؤه .

(١٠) في ب ، م : للغرماء .

(١١) في ١ : الحيوانات .

(١٢-١٢) في ١ ، ب : تكون لا .

تصرفاتهم ، كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يقضي دين الجناية . وعلى الرواية الأخرى ، تصرفاتهم فاسدة ؛ لأنهم تصرفوا فيما لم يملكوه .

فصل : إذا حلف ثلاثة بين وأبوين ، فادعى البنون أن أباهم وقف داره عليهم في صحيحته ، وأقاموا بذلك شاهداً واحداً ، حلفوا معه ، وصارت وقفا عليهم ، وسقط حق الأبوين ، وإن لم يحلفوا معه ، ولم يكن على الميت دين ولا له وصية ، حلف الأبوان ، وكان نصيبهما طلقاً لهما ، ونصيب البنين وقفا عليهم بإقرارهم ؛ لأنه يتفد بإقرارهم . وإن كان على الميت دين ، أو وصى بشيء ، قضى دينه ، وتفتت وصيته ، وما بقي بين الورثة ، فما حصل للبنين / كان وقفا عليهم بإقرارهم . وإن حلف واحد منهم ، كان ثلث الدار وقفا عليه ، والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثاً ، فما حصل للابنتين منه كان وقفا عليهما ، ولا يرث الحالف شيئاً ؛ لأنه يتعرف أنه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه . وإن حلفوا كلهم ، ثبت الوقف عليهم ، لم يحل من أن يكون الوقف مربيّاً على بطن ، ثم على بطن بعد بطن أبداً ، أو مشتركا ، فإن كان مربيّاً ، فإذا انقرض الأولاد الثلاثة ، انتقل الوقف إلى البطن الثاني ، بغير يمين ؛ لأنه قد ثبت كونه وقفا بالشاهد^(١٣) ويمين الأولاد ، فلم يحتاج من انتقل^(١٤) إليه إلى يمينه ، كما لو ثبت بشاهدين ، وكالمال الموروث . وكذلك إذا انقرض الأولاد ، ورجع إلى المساكين ، لم يحتاجوا في ثبوته لهم إلى يمين ؛ لما ذكرناه . وإن انقرض أحد الأولاد ، انتقل نصيبه منه إلى إخوته ، أو إلى من شرط الواقف انتقاله^(١٥) إليه ، بغير يمين ؛ لما ذكرناه . فإن امتنع البطن الأول من اليمين ، فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفا عليهم بإقرارهم ، فإذا انقضىوا ، كان ذلك وقفا على حسن ما أقرّوا به ، فإن كان إقرارهم أنه وقف عليهم ، ثم على أولادهم ، فقال أولادهم : نحن نخلف مع شاهدنا ، لتكون جميع الدار وقفا لنا . فلهم ذلك ؛ لأنهم يتفعلون الوقف من الواقف ، فلهم إثباته ، كالْبطن الأول . فأما إن حلف أحد البنين ، وكل أخوته ، ثم مات الحالف ، نظررت ، فإن مات بعد موت إخوته ، صرف نصيبه إلى أولاده ، وجهها واحداً .

(١٣) في الأصل ، ب ، م ؛ بالشاهدين .

(١٤) في الأصل ؛ ينتقل .

(١٥) سقط من : ب .

وإن مات في حياة إخوانه ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، ينصرف إلى إخوانه ؛ لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول . والثاني ، ينتقل إلى أولاده ؛ لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولهما ، فصارا كالمعدومين . والثالث ، ينصرف إلى أقرب عصبية الواقف ؛ ^(١٦) لأنه لم يمكن صرقه إلى الأخوين ، ولا إلى البطن الثاني ، لما ذكرنا ، فينصرف إلى أقرب عصبية الواقف ^(١٧) ، إلى أن يموت الأخوان ، ثم يعود إلى البطن الثاني . والأول أصح ؛ لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما ، وإنما امتنعنا من إقامة الحجة عليه ، ولذلك لو اعترف لهما الأبوان ، ثبت الوقف من غير يمين ، وهما قد حصل الاعتراف من البطن الثاني ، فوجب أن ينصرف إليهما ؛ لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له ^(١٨) . فإن قيل : فإذا كان البطن الثاني صغاراً ، فما حصل الاعتراف منهم . قلنا : قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه ، وبالبينة التي ثبت بها الوقف ، وبها يستحق البطن الثاني ، فاكتمى بذلك في انتقاله إلى الأخوين ، كما يكتمى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الأخوين ، ويدل على صحة هذا ، أننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف ، وفي كفيته ، وصفيته ، وتربيته ، فيما عدا هذا المختلف فيه ، فيجب أن يكتمى به فيه . فأما إن كان شرط الواقف ^(١٩) أن من مات منهم عن وليد ، انتقل نصيبه إليه ، انتقل إلى أولاده ، ونجهاً واحداً ؛ لأنه ^(٢٠) لا منازع لهم فيه . وإن مات عن ^(٢١) غير وليد ، انتقل إلى أخويه ^(٢٢) ، على الوجه الصحيح ، ويخرج فيه الوجهان الآخران . الحال الثاني ، إذا كان الوقف مشتركاً ، وهو أن يدعوا أن أباهم وقف داره على ولده ، وولده ما تناسلوا ، فقد شارك بين البطون ، ففي هذه الحال ، إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ، ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ، ثبت الوقف على الثلاثة . وإن كان من أولادهم أحد موجوداً ، فهو شريكهم ، فإن كان كبيراً حلف واستحق ، وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثاً

(١٦-١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) قى ب : « الوقف » .

(١٩) قى ب : « لأنهم » . وسقط من : الأصل .

(٢٠) قى الأصل ، ب ، م : « من » .

(٢١) قى الأصل : « إخوانه » .

تُقَضَى منه الدَّيُونُ، وَتُفْعَدُ الوَصَايَا، وَبَاقِيهَ للوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الوَقْفَ / ابتداءً من الواقف بغير ١١/ ١٠٠ ط
وَاسِطَةٍ، فَهُوَ كَأَحَدِ النَّيِّنِ. وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، أَوْ حَدَثَ لِأَحَدِ النَّيِّنِ وَلَدٌ يُشَارِكُهُمْ فِي
الْوَقْفِ، أَوْ كَانَ أَحَدُ النَّيِّنِ صَغِيرًا، أَوْ قَفَ^(٢٢) نَصِيْبُهُ مِنَ الْوَقْفِ عَلَيْهِ، وَلَا يُسَلَّمُ إِلَى وَلِيِّهِ
حَتَّى يَبْلُغَ، فَيُخَلِّفُ أَوْ يَمْتَنِعُ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى الْوَقْفَ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ. فَإِنْ قِيلَ: فَلِمَ لَمْ
يَسْتَحِقَّ بِغَيْرِ يَمِينٍ، لِكَوْنِ النَّيِّنِ الْمُسْتَحَقِّينَ مُعْتَرِفِينَ لَهُ بِذَلِكَ، فَيُكْتَفَى بِاغْتِرَافِهِمْ، كَمَا
لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ فَاعْتَرَفُوا لِلصَّغِيرِ مِنْهَا بِشَرِكِ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى وَلِيِّهِ؟ قُلْنَا: الْفَرْقُ
بَيْنَهُمَا أَنَّ الدَّارَ الَّتِي فِي أَيْدِيهِمْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهَا مَنَازِعٌ، وَلَا يُوجِبُ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ فِيهَا يَمِينٌ،
وَهَذِهِ مَنَازِعُهُمْ فِيهَا الْأَبْوَانُ، وَأَصْحَابُ الدَّيُونِ وَالْوَصَايَا، وَإِنَّمَا يَأْخُذُونَهَا بِأَيْمَانِهِمْ، فَإِذَا
أَقْرَأُوا بِمُشَارِكِهِمْ، فَقَدْ اغْتَرَفُوا بِأَنَّهُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ، لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِيَمِينِهِ، كَمَا لَا يَسْتَحِقُّ
وَاحِدٌ مِنْهُمْ إِلَّا بِالْيَمِينِ. وَيُعَارِقُ مَا إِذَا كَانَ الْوَقْفُ مُرْتَبِعًا عَلَى بَطْنٍ بَعْدَ بَطْنٍ، فَإِنَّهُ لَا يُشَارِكُهُمْ
أَحَدٌ مِنَ الْبَطْنِ الثَّانِي. فَإِذَا بَلَغَ الصَّغِيرُ الْمَوْقُوفُ نَصِيْبُهُ، فَخَلَفَ، كَانَ لَهُ، وَإِنْ امْتَنَعَ
نَظَرْتُ؛ فَإِنْ كَانَ^(٢٣) مَوْجُودًا حِينَ الدَّعْوَى، أَوْ قَبْلَ خَلْفِهِمْ، كَانَ نَصِيْبُهُ مِيرَاثًا، كَمَا لَوْ
كَانَ بِالْعَمَاءِ، فَامْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ، فَإِذَا^(٢٤) حَدَثَ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ وَثُبُوتِ الْوَقْفِ ثَمَاءٌ، كَانَ لَهُ
نَصِيْبُهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ ثَبَتَ فِي جَمِيعِ الدَّارِ بِأَيْمَانِ النَّيِّنِ، فَلَا يَتَطَلَّلُ بِامْتِنَاعٍ مِنْ حَدَثِ،
إِلَّا أَنَّهُ إِنْ أَقْرَأَ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ وَقَفًا، وَكَذَّبَ النَّيِّنُ فِي ذَلِكَ، كَانَ نَصِيْبُهُ مِنَ الْعَلَّةِ مِيرَاثًا، حُكْمُهُ
حُكْمُ^(٢٥) ثَمَاءِ الْمِيرَاثِ، وَإِنْ لَمْ يَكْذِبْهُمْ، فَنَصِيْبُهُ وَقَفٌ لَهُ. وَقَالَ الْقَاضِي: إِنْ امْتَنَعَ مِنَ
الْيَمِينِ، رُدَّ نَصِيْبُهُ إِلَى الْأَوْلَادِ الثَّلَاثَةِ، وَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَ مَنْ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الدَّعْوَى وَالْحَادِثِ / ١١/ ١٠١ و
بَعْدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا بِغَيْرِ يَمِينِهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَطَلَّلَ الْوَقْفُ الثَّابِتُ
بِأَيْمَانِهِمْ، فَتَعَيَّنَ رُدُّ نَصِيْبِهِ إِلَيْهِمْ. وَلَنَا، أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الدَّعْوَى وَخَلْفِهِمْ،
فَهُوَ شَرِيكُهُمْ حِينَ يَثْبُتُ الْوَقْفُ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَثْبُتَ الْوَقْفُ فِي نَصِيْبِهِ بِغَيْرِ يَمِينِهِ،
كَالْبَالِغِ، وَإِنْ كَانَ حَادِثًا بَعْدَ ثُبُوتِ الْوَقْفِ بِأَيْمَانِهِمْ، فَهُمْ مُقَرَّنُونَ لَهُ بِمَالٍ، وَلَا تُهْمُ مُقَرَّنُونَ

(٢٢) فِي ١، ب، م، ١٠٠ : وَقَفَ .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢٤) فِي ١ : ١٠٠ : فَإِنْ . ١٠١ : وَفِي ب : ١٠٠ : وَإِنْ .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : ١٠١ .

بأنهم لا يستحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف ، فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك . وإن مات الصغير قبل بلوغه ، قام وارثه مقامه ، فيما ذكرنا . وإن مات أحد البينين البالغين قبل بلوغ الصغير ، وقف أيضاً نصيبه مما كان لعنه الميت ، وكان الحكم فيه ، كالحكم^(٢٦) في نصيبه الأصلي . وقال القاضي : إن بلغ فامتنع من اليمين ، فالربع موقوف إلى حين موت الثالث ، ويُقسَم عليه^(٢٧) بين البالغين وورثة الميت ؛ لأنه كان بين الثلاثة ، ونصيبه^(٢٨) من الميت^(٢٩) للبالغين الحيين خاصة ؛ لأنهما مستحقا الوقف .

١٩١٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى دَعْوَى ، وَذَكَرَ أَنْ يَبْتَنِيهَ بِالْبَعْدِ مِنْهُ ، فَحَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَخْضَرَ الْمُدَّعَى يَبْتَنِيهَ ، حُكِمَ بِهَا ، وَلَمْ تُكْنِ الْيَمِينَ مُرْبِلَةً لِلْحَقِّ)

وجملته أن المدعى إذا ذكر أن يبتنيه بعيدة منه ، أو لا يمكنه إخصارها ،^(١) لا يريد إقامتها ، فطلب اليمين من المدعى عليه ، أخلف له ، فإذا حلف ، ثم أخضر المدعى يبتنيه ، حكم له . وهذا قال شريح ، والشعبي ، ومالك ، والثوري ، والليث ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وإسحاق . وحكى عن ابن أبي ليلى ، وداود ، أن يبتنيه لا تُسمع ؛ لأن اليمين حجة المدعى عليه ، فلا تُسمع بعدها حجة المدعى ، كما لا تُسمع يمين المدعى عليه بعد يمين المدعى . ولنا ، قول عمر ، رضي الله عنه : البينة / الصادقة ،^{١٠١/١١} أحب إلى من اليمين الفاجرة^(٢) . وظاهر هذه البينة الصدق ، وتلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة ، فتكون أولى ، ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره ، يجب عليه بالبينة ، كما قبل اليمين ، وما ذكرناه^(٣) لا يصح ؛ لأن البينة الأصل ، واليمين بدل عنها .

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨-٢٩) سقط من : أ .

(١-٢) في ب : لا ؛ .

(٢) ذكره وكيع ، عن شريح وليس عن عمر ، في أخبار القضاة ٣٤٢/٢ .

(٣) في ب : ذكرناه . وفي م : ذكره ؛ .

ولهذا لا تُشرع إلا عند تعددِها ، والبَدَل يُطلُّ بالقُدرة على المُبدل ، كِبُطْلانِ التَّيْمِمْ بالقُدرة على الماء ، ولا يُطلُّ الأَصْلُ بالقُدرة على البَدَل ، ويَدُلُّ على الفَرْقِ بينهما ، أنَّهما حالُ اجتماعِهما ، وإمكانِ سَماعِهما ، تُسَمَّعُ البَيِّنَةُ ، ويُحَكَّمُ بها ، ولا تُسَمَّعُ اليَمِينُ ، ولا يُسألُ عنها .

فصل : وإن طَلَبَ المُدَّعي حَسَبَ المُدَّعى عليه ، أو إقامَةَ كَفيلٍ به إلى أن تُحضَرُ بَيِّنَتُه البَعِيدَةُ ، لم يَقْبَلْ منه ، ولم يَكُنْ له مُلَازِمَةٌ تُحَصِّنُهُ . نَصَّ عليه أَحْمَدُ ؛ لأنَّهُ لم يَبْثُثْ له قَبْلَهُ حَقٌّ يُحْبَسُ به ، ولا يُقِيمُ به كَفِيلًا ، ولأنَّ الحَبْسَ عَذَابٌ ، فلا يَلْزَمُ مَعْصُومًا يَتَوَجَّهُ عليه حَقٌّ ، ولأنَّهُ لو جازَ ذلك ، لتمكَّنَ كُلُّ ظالِمٍ من حَبْسِ مَنْ شاءَ من النَّاسِ بِغَيْرِ حَقٍّ . وإن كَانَتْ بَيِّنَتُه قَرِيبَةً ، فله مُلَازِمَتُه حتى يُحضِرَها ؛ لأنَّ ذلك من ضَرُورةِ إقامَتِها ، فإنَّهُ لو لم يَتِمَّكَّنْ من مُلَازِمَتِه ، لَذَهَبَ من مَجْلِسِ الحَاكِمِ ، ولا يَتِمَّكَّنُ إقامَتُها إلا بِحضَرَتِه ، ولأنَّهُ لما تِمَّكَّنَ من إحضارِهِ مَجْلِسَ الحَاكِمِ لَيُقِيمَ البَيِّنَةُ عليه ، تِمَّكَّنَ من مُلَازِمَتِه فيه حتى تُحضَرُ البَيِّنَةُ . وَتَفَارِقُ البَيِّنَةُ البَعِيدَةُ ، أو مَنْ لا يُمَكِّنُ حُضُورَها ، فإنَّ إلزامَهُ الإقامَةَ إلى حينِ حُضُورِها يَحْتَاجُ إلى حَبْسٍ ، أو ما يَقُومُ مقامه ، ولا سَبِيلَ إليه .

فصل : ولو أَقامَ المُدَّعي شَاهِدًا واحدًا ، ولم يَحْلِفْ معه ، وطلَبَ يَمِينَ المُدَّعى عليه ، / أُخِلِفَ له ، ثم إنَّ^(٤) أَحَضَرَ شَاهِدًا آخَرَ بَعْدَ ذلك ، كَمَلَتْ بَيِّنَتُه ، وَقَضِيَ بها ؛ ١٠٢/١١ لما ذَكَرْنَا في التي قَبْلُها . وإن قال المُدَّعي : لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ ، وأريدُ إِخْلَافَ المُدَّعى عليه ، ثم أُقِيمَ البَيِّنَةُ عليه ، ففيهِ وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، له ذلك ، وَيَسْتَحْلِفُ حَصَنَتَهُ ؛ لأنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِخْلَافَهُ إذا كانت بَيِّنَتُه بَعِيدَةً ، فَكَذلك إذا كانت قَرِيبَةً ؛ ولأنَّهُ لو قال : لا أريدُ إقامَةَ بَيِّنَتِي القَرِيبَةَ . مَلَكَ اسْتِخْلَافَهُ ، فَكَذلك إذا أَرَادَ إقامَتَها . الثاني ، لا يَمْلِكُ اسْتِخْلَافَهُ ؛ لأنَّ في البَيِّنَةِ غُتْيَةً عن اليَمِينِ ، فلم تُشرعْ معها ؛ ولأنَّ البَيِّنَةَ أَصْلٌ ، واليَمِينَ بَدَلٌ ، فلا يُجْمَعُ بين البَدَلِ والأَصْلِ ، كالتَّيْمِمْ مع الماء . وفارَقَ البَعِيدَةُ ، فإنَّها في الحَالِ كالْمُعْدُومَةِ لِلْعَجْزِ عنها ، وَكَذلك التي لا يَريدُ إقامَتَها ؛ لأنَّهُ قد تَكُونُ عليه مَشَقَّةٌ في إحضارِها ، أو عليه في الحُضُورِ مَشَقَّةٌ ، فَيَسْقُطُ ذلك لِلْمَشَقَّةِ ، بخِلَافِ التي يُريدُ إقامَتَها .

(٤) سقط من : ب .

١٩١٣ - مسألة : قال : (وَالْيَمِينُ الَّتِي يَرَاهَا الْمَطْلُوبُ ، هِيَ الْيَمِينُ بِاللَّهِ ، وَإِنْ كَانَ الْخَالِفُ كَافِرًا)

وجهه ، أَنَّ الْيَمِينَ الْمَشْرُوعَةَ فِي الْحُقُوقِ الَّتِي يَبْرَأُ بِهَا الْمَطْلُوبُ ، هِيَ الْيَمِينُ بِاللَّهِ تعالى . فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنَّ مَالِكًا أَحَبَّ أَنْ يَخْلِفَ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، وَإِنْ اسْتَخْلَفَ حَاكِمٌ بِاللَّهِ ، أَجْزَأُ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّرِ : هَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَوَى ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَخْلَفَ رَجُلًا ، فَقَالَ لَهُ : « قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، مَا لِي عِنْدَكَ شَيْءٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَفِي حَدِيثٍ عَمْرٍ ، حِينَ حَلَفَ لِأَبِي ، قَالَ ^(٢) : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، إِنْ التَّخَلَّلْتُ لِنَخْلِي ، وَمَا لِأَبِي فِيهَا شَيْءٌ ^(٣) . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَ الْمُدْعَى قِصَاصًا ، أَوْ عِتَاقًا ، أَوْ حَدًّا ، أَوْ مَا لَا يُلْغُ نَصَابًا غُلْظَتِ الْيَمِينُ ، فَيَخْلِفُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، عَالِمٌ / الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ ، الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ ، الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ الظَّاهِرِ . وَقَالَ فِي الْقَسَامَةِ : عَالِمٌ خَائِنَةُ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ هَذَا فِي أَيْمَانِ الْقَسَامَةِ خَاصَّةً ^(٤) ، وَلَيْسَ بِشَرْطٍ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تعالى : ﴿ تُحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْكَلْبَةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا ﴾ ^(٥) . وَقَالَ تعالى : ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَدَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَدَتَيْهِمَا ﴾ ^(٦) . وَقَالَ تعالى فِي اللُّعَانِ : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ ^(٧) . وَقَالَ تعالى : ﴿ وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ ﴾ ^(٨) . قَالَ بَعْضُ أَهْلِ التَّفْسِيرِ : مَنْ أَقْسَمَ بِاللَّهِ ، فَقَدْ أَقْسَمَ جَهْدَ الْيَمِينِ . وَاسْتَخْلَفَ النَّبِيُّ ﷺ رَسُولَ كَثَّةَ بْنِ عُبَيْدٍ يَزِيدَ فِي الطَّلَاقِ ، فَقَالَ :

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في : باب كيف اليمين ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٩/٢ ، ٢٨٠ .

(٣) تقدم ترجمته ، في : ٤٤٢/١٣ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سورة المائدة ١٠٦ .

(٦) سورة المائدة ١٠٧ .

(٧) سورة النور ٦ .

(٨) سورة النور ٥٣ .

« اللَّهُ مَا أُرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً »^(٩) . وفي حديث الحَضْرَمِيِّ والكِنْدِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ » . قال : لا ، ولكن أُخْلِفَ ، والله ما يَعْلَمُ أَنَّهَا أَرْضِي غَضَبِيهَا . رواه أبو داود^(١٠) . وقال عثمان لابن عمر : تَخْلِفُ بِاللَّهِ لِقَدِ بَعَثَهُ وَمَا بِهِ دَاءٌ تَعْلَمُهُ^(١١) . وَلَأَنِّي فِي اللَّهِ^(١٢) كَفَايَةٌ ، فَوَجِبَ أَنْ يُكْتَفَى بِاسْمِهِ فِي الْيَمِينِ ، كَالْمَوْضِعِ الَّذِي سَلَّمُوهُ . فَأَمَّا حديثُ ابنِ عباسٍ وعمر ، فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْاِسْتِخْلَافِ كَذَلِكَ ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ يَدُلُّ عَلَى الْاِسْتِغْنَاءِ بِاسْمِ اللَّهِ وَحْدَهُ ، وَمَا ذَكَرَهُ الْبَاقُونَ فَتَحْكُمُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا قِيَاسَ يَقْتَضِيهِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْيَمِينَ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ جَمِيعًا بِاللَّهِ تَعَالَى ، لَا يَخْلِفُ أَحَدٌ بَعِيرَهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَيُخَيِّمَانِ بِاللَّهِ ﴾ . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ خَالِفًا ، فَلْيَخْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْنُتْ »^(١٣) .

فصل : وَتُشْرَعُ الْيَمِينُ فِي حَقِّ كُلِّ مُدَّعَى عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، غَدَلًا أَوْ فَاسِقًا ، امْرَأَةً أَوْ رَجُلًا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(١٤) . وَرَوَى شَيْقِقٌ ، عَنْ الْأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ ، / قَالَ : كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ أَرْضٌ ، ١١/١٠٣ فَجَحَدَنِي ، فَقَدَّمَنِي إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « هَلْ لَكَ بَيِّنَةٌ ؟ » . قُلْتُ : لَا . قَالَ لِلْيَهُودِيِّ : « اخْلِفْ » . قُلْتُ : إِذَا يَخْلِفُ ، فَيَذْهَبُ بِمَالِي . فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾^(١٥) . إِلَى آخِرِ الْآيَةِ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ وَابْنُ مَاجَهَ^(١٦) . وَفِي حَدِيثِ الْحَضْرَمِيِّ ، قُلْتُ : إِنَّهُ رَجُلٌ فَاجِرٌ ،

(٩) تقدم تخريجه ، في : ١٠ / ٣٦٤ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٢

(١١) أخرجه الإمام مالك ، في : باب العيب الرقيق ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٣/٢ . والبيهقي ، في : باب بيع البراءة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٢٨/٥٠ . وعبد الرزاق ، في : باب البيع بالبراءة ، من كتاب البيوع . المصنف ١٦٢/٨ ، ١٦٣ .

(١٢) في ١ : ذلك .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ١١ / ٦

(١٤) تقدم تخريجه ، في : ٦ / ٥٨٧

(١٥) سورة آل عمران ٧٧ .

(١٦) أخرجه البخاري ، في : باب كلام المحصوم بعضهم في بعض ، من كتاب المحصومات ، وفي : باب سؤال الحاكم -

لَا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ . قَالَ : « كَيْسَ لَكَ مِنْهُ »^(١٧) إِلَّا ذَلِكَ .

١٩١٤ - مسألة ؛ قال : (إِنْ أَلَّاهُ إِنْ كَانَ يَهُودِيًّا ، قِيلَ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ
التَّوْرَةُ عَلَى مُوسَى . وَإِنْ كَانَ نَصْرَانِيًّا ، قِيلَ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى
عِيسَى . وَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَوَاضِعٌ يُعَظِّمُونَهَا ، وَيَتَّقُونَ^(١٨) أَنْ يَخْلِفُوا فِيهَا كَاذِبِينَ ، خُلِفُوا
فِيهَا)

ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، رحمه الله ، أَنَّ الْيَمِينَ لَا تُغْلَظُ إِلَّا فِي حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَلَا تُغْلَظُ فِي
حَقِّ الْمُسْلِمِينَ . وَغَوْ هَذَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ . وَوَجْهٌ تُغْلِظُهَا فِي حَقِّهِمْ ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ،
قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ - « يَعْنِي لِلْيَهُودِ »^(١٩) : - « تُشَدُّكُمْ بِاللَّهِ الَّذِي أُنْزِلَ التَّوْرَةُ عَلَى
مُوسَى ، مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَةِ عَلَى مَنْ رَزَى ؟ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢٠) . وَكَذَلِكَ قَالَ
الْخِرَقِيُّ : تُغْلَظُ بِالْمَكَانِ ، فَيُحْلَفُ فِي^(٢١) الْمَوَاضِعِ الَّتِي يُعَظِّمُهَا ، وَيَتَّقَى الْكَذِبَ فِيهَا . وَلَمْ
يَذْكُرِ التَّغْلِظَ بِالزَّمَانِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ رَأَى التَّغْلِظَ فِي الْيَمِينِ فِي اللَّفْظِ بِالزَّمَانِ
وَالْمَكَانِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . قَالَ : وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . وَذَكَرَ التَّغْلِظَ فِي حَقِّ
الْمَجُوسِيِّ ، قَالَ : فَيُقَالُ لَهُ : قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي خَلَقَنِي وَرَزَقَنِي . وَإِنْ كَانَ وَثْنِيًّا / حَلَفَهُ بِاللَّهِ
وَحْدَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ يُعْبَدُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُحْلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
١٠٣/١١

= المدعى : هل لك بينة قبل اليمين ، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري ١٥٩/٣ ، ١٦٠ ، ٢٣٢ ، وأبو داود ،
في : باب في من حلف بمينا يقطع بها مال لأحد ، من كتاب النذور والأيمان . سنن أبي داود ١٩٧/٢ . وابن ماجه ، في :
باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في اليمين الفاجرة يقطع بها مال المسلم ، من أبواب البيوع ، وفي : باب سورة آل
عمران ، من أبواب التفسير . عارضة الأحرذى ٢٧١/٥ ، ١٢٢/١١ ، ١٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند
٤٣٦ ، ٣٧٩/١ .

(١٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٨) في الأصل : ويتقون ؟ .

(١٩) في ب : اليهود ؟ .

(٢٠) في : باب رجم اليهوديين ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٦٥/٢ ، ٤٦٦ .

وتقدم تخريجه ، عن ابن عمر ، في : ٣٦٤/١٢ .

(٢١) في الأصل : « الموضع التي يعلمها » . وفي ١ : « المكان التي يعظمها » .

« مَنْ كَانَ خَالِفاً ، فَلْيُخْلِفْ بِاللَّهِ ، أَوْ لِيَصْنُتْ »^(٥) . ولأنَّ هذا « إن لم يكن » يَنْتَدُهُ هَذِهِ بَيِّنَاتٌ ، فَإِنَّهُ يَزِيدُهَا إِنَّمَا وَعُقُوبَةٌ ، وَرَبُّمَا عَجَّلَتْ عُقُوبَتُهُ ، فَيَتَعَطَّ بِذَلِكَ ، وَيَتَغَيَّرُ بِهِ غَيْرُهُ . وَهَذَا كُلُّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْيَمِينِ ، وَإِنَّمَا لِلْحَاكِمِ فِعْلُهُ إِذَا رَأَى . وَمِمَّنْ قَالَ : يَسْتَخْلِفُ أَهْلَ الْكِتَابِ بِاللَّهِ وَحْدَهُ . مَسْرُوقٌ ، وَأَبُو عُيَيْدَةَ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ^(٦) ، وَعَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَالْحُسَيْنُ ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ كَعْبٍ بْنُ سُورٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو عُيَيْدٍ . وَمِمَّنْ قَالَ : لَا يُشْرَعُ التَّغْلِيظُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ فِي حَقِّ مُسْلِمٍ . أَبُو حَنِيفَةَ وَصَاحِبَاهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : تُغْلَظُ . ثُمَّ اخْتَلَفَا ؛ فَقَالَ مَالِكٌ : يُحْلَفُ فِي الْمَدِينَةِ عَلَى مَنِيرٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَحُلْفُ قَائِمًا ، وَلَا يُحْلَفُ قَائِمًا إِلَّا عَلَى مَنِيرٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَيُسْتَحْلَفُونَ فِي غَيْرِ الْمَدِينَةِ فِي مَسَاجِدِ الْجَمَاعَاتِ ، وَلَا يُحْلَفُ عِنْدَ الْمَنِيرِ إِلَّا عَلَى مَا يَقْطَعُ فِيهِ السَّارِقُ فَصَاعِدًا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُسْتَحْلَفُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ بِمَكَّةَ ، وَفِي الْمَدِينَةِ عِنْدَ مَنِيرٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَفِي سَائِرِ الْبُلْدَانِ فِي الْجَوَامِعِ عِنْدَ الْمَنِيرِ ، وَعِنْدَ الصُّخْرَةِ فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ ، وَتُغْلَظُ فِي الزَّمَانِ فِي الْأَسْتَحْلَافِ بَعْدَ الْعَصْرِ ، وَلَا تُغْلَظُ فِي الْمَالِ إِلَّا فِي نِصَابٍ فَصَاعِدًا ، وَتُغْلَظُ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ . وَقَالَ ابْنُ جَرِيرٍ : تُغْلَظُ فِي الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ . وَاجْتَبَوْا بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْكَلْمَةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾^(٨) . قِيلَ : أَرَادَ بَعْدَ الْعَصْرِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى مَنِيرِي هَذَا / بِيَمِينِ آثِمَةٍ ، فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنْ النَّارِ »^(٩) . فَثَبَّتَ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ تَأْكِيدَ الْيَمِينِ . وَرَوَى مَالِكٌ ، قَالَ : اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ

(٥) تقدم تحريمه ، في : ٦/١١ .

(٦-٦) سقط من : ب .

(٧) أبو عبيدة عامر بن عبد الله بن مسعود المذلي الكوفي ، ويقال : اسمه كنيته ، تابعي ، ثقة ، فقد لدلة دجيل ، وكانت سنة إحدى وثلاثين . وقيل : سنة اثنتين وثلاثين . تهذيب التهذيب ٧٥/٥ ، ٧٦ .

(٨) سورة المائدة ١٠٦ .

(٩) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منير النبي ﷺ ، من كتاب الأيمان . سنن أبي داود ١٩٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب اليمين عند مقاطع الحقوق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٩/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخنث على منير النبي ﷺ ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٢٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥١٨ ، ٣٢٩/٢ .

ثابت وابن مطيع، في دار كانت بينهما، إلى مروان بن الحكم، فقال زيد: أخلف له مكاني . فقال مروان: لا والله، إلا عند مقاطع الحقوق . قال: فجعل زيد يخلف أن حقه لحق، ويأبى أن يخلف عند الجنب، فجعل مروان يعجب^(١٠) . ولنا، قول الله تعالى ﴿فَأَخْرَجَ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَیْنِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهِدْنَا أَمَّا مِنْ شَهِدْتَهُمَا﴾^(١١) . ولم يذكر مكاناً ولا زمناً، ولا زيادة في اللفظ . واستخلف النبي ﷺ مكانه في الطلاق، فقال: «الله ما أُرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً؟» . قال: الله ما أُرَدْتُ إِلَّا واحدة^(١٢) . ولم يُقْلَطْ يمينه بزمن، ولا مكان، ولا زيادة لفظ، وسائر ما ذكرنا في التي قبلها . وحلف عمر لأبي حين تحاكما إلى زيد في مكانه، وكانا في بيت زيد^(١٣) . وقال عثمان لابن عمر: تخلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه^(١٤)؟ وفيما ذكره^(١٥) تنقيد لمطلق هذه النصوص، ومخالفة الإجماع . فإن ما ذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان، مع من حضرهما، لم يُنكَّر، وهو في^(١٦) محل الشهرة، فكان إجماعاً . وقوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الْكَلْمَةِ﴾^(١٧) . كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر، وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع؛ منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين، ومنها استخلاف الشاهدين، ومنها استخلاف خصورهما عند العثور على استحقاقيهما الإنتم، وهم لا يعملون^(١٨) بها أصلاً، فكيف يحتجون بها؟ ولما ذكر أيمان

(١٠) أوردته إمام مالك، في: باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٢٨ .

وانظر ما أوردته البخاري، في: باب يحلف المدعى عليه حيناً وجبت عليه اليمين، من كتاب الشهادات . صحيح

البخاري ٢٣٤/٣ .

(١١) سورة المائدة ١٠٧ .

(١٢) تقدم تخريجه، في: ٣٦٤/١٠ .

(١٣) تقدم تخريجه، في: ٤٤٢/١٣ .

(١٤) سقط من: م . وتقدم تخريجه، في: صفحة ٢٢٣ .

(١٥) في الأصل: ذكره .

(١٦) سقط من: ب .

(١٧) في الأصل، أ، م: «وإنما» .

(١٨) في النسخ: «يعلمون» .

المسلمين أطلقَ اليمِين ، ولم يُقَيِّدها . والاحتجاج بهذا^(١٩) أولى من المصير إلى ما حوِّلَ فيه القياس^(٢٠) وترك العمل به . وأما حديثهم ، / فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند ١٠٤/١١ ط الجنير ، وإنما فيه تغليظ الإثم^(٢١) على الخالف عنده ، ولا يلزم من هذا الاستحلاف عنده . وأما قصة مروان ، فمن العجب احتجاجهم بها ، وذهابهم إلى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها ، وقول زيد ، فقيه الصحابة وقاضيهم وأقرضهم ، أحق أن يحتج به من قول مروان ؛ فإن قول مروان لو انفرد ، ما جاز الاحتجاج به ، فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة ، وقول أئمتهم وفقهائهم^(٢٢) ، ومخالفته فعل النبي ﷺ ، وإطلاق كتاب الله تعالى ؟ وهذا ما لا يجوز . وإنما ذكر الخرفي التغليظ بالمكان واللفظ في حق الذمى ، لاستخلاف النبي ﷺ اليهود ، بقوله : « نَسَدْتُكُمْ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى » . ولقول الله تعالى في حق الكتابيين : ﴿ نَحْسِبُؤُنْهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ ﴾ . ولأنه روى عن كعب بن سور ، في نصراني قال : اذهبوا به إلى المذبح ، واجعلوا الإنجيل في حجره ، والتوراة على رأسه . وقال الشعبي في نصراني : اذهب به إلى البيعة ، فاستحلفه بما يستحلف به مثله . وقال ابن المنذر : لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ، ولا ييمين غير^(٢٣) الذي يستحلف بها المسلمون . وعلى كل حال ، فلا خلاف بين أهل العلم ، في أن التغليظ بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب ، إلا أن ابن الصباغ ذكر أن في وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعي . وخالفه ابن القاص ، فقال : لا خلاف بين أهل العلم ، في أن القاضى حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضاؤه^(٢٤) ، جاز ، وإنما التغليظ بالمكان فيه اختيار . فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحساناً .

فصل : قال ابن المنذر : لم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف . وقال الشافعي :

رأيهم يؤكِّدون بالمصحف ، ورأيت ابن مازن ، وهو / قاضى بصنعاء ، يُغلظ اليمين ١٠٥/١١

(١٩) في ب : ١ : بها .

(٢٠) في ب : ١ : بالقياس .

(٢١) في م : ١ : اليمين .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) (٢٣-٢٣) في ١ : المستحلف .

(٢٤) في الأصل : « قضاياه » .

بالمُصْحَفِ . قال أصحابه : فَيُقْلَطُ عليه بإخضارِ المُصْحَفِ ؛ لَأَنَّهُ يَشْتَمِلُ على كلامِ الله تعالى وأسمائه . وهذا زيادةٌ على ما أمر به رسولُ الله ﷺ في اليمين ، وقوله ^(٢٥) الخلفاءُ الرَّاشِدُونَ ^(٢٦) وقضائهم ، من غير دليل ولا حُجَّةٍ يُسْتَنَدُ إليها ، ولا يَتْرَكُ فِعْلُ رسولِ الله ﷺ وأصحابه ^(٢٧) لِفِعْلِ ابنِ مازن ولا غيره .

١٩١٥ - مسألة ؛ قال : (وَيَخْلِفُ الرَّجُلُ فِيمَا عَلَيْهِ عَلَى الْبَيْتِ . وَيَخْلِفُ الْوَارِثُ ^(١) عَلَى ذَيْنِ الْمَيِّتِ عَلَى الْعِلْمِ)

معنى البَيْتِ : القطعُ . أى يَخْلِفُ بالله ماله على شيء . وجملة الأمر أن الأيمانَ كُلُّها على البَيْتِ والقطع ، إلّا على نَفْيِ فعلِ الغير ، فإنَّها على نَفْيِ العلم . وهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . وقال الشعبي ، والتحفي : كُلُّها على العلم . وذكره ابنُ أبي موسى روايةً عن أحمد . وذكر أحمدُ حديثَ الشَّيْبَانِي ، عن القاسمِ بنِ عبيد الرحمن ، عن النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَضْطَرُّوا النَّاسَ فِي أَيْمَانِهِمْ أَنْ يَخْلِفُوا عَلَى مَا لَا يَعْلَمُونَ » ^(٢) . ولأنَّه لَا يُكَلِّفُ مَا لَا عِلْمَ به . وقال ابنُ أبي ليلى : كُلُّها على البَيْتِ ، كما يَخْلِفُ على فِعْلِ نَفْسِهِ . ولنا ، حديثُ ابنِ عباسٍ ، أن النَّبِيَّ ﷺ استخلفَ رجلاً فقال له : « قُلْ : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، مَا لَهُ عَلَيْكَ حَقٌّ » ^(٣) . وَرَوَى ^(٤) الْأَشْعَثُ بْنُ قَيْسٍ ، أَنَّ رجلاً مِنْ كِنْدَةَ ، وَرجلاً مِنْ حَضْرَمَوْتِ ، اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فِي أَرْضٍ مِنَ الْيَمَنِ ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ أَرْضِي اغْتَصَبَتْهَا أَبُو هَذَا ، وَهِيَ فِي يَدِهِ . فَقَالَ : « هَلْ لَكَ بَيْتَةٌ ؟ » . قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ ، أَحْلَفَهُ وَاللَّهُ مَا يَعْلَمُ أَنَّهَا أَرْضِي اغْتَصَبَتْهَا ^(٥) أَبُوهُ . فَتَبَّأَ الْكِنْدِيُّ لِلْيَمِينِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٦) . وَلَمْ يَنْكِزْ ذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ ^(٧) الْإِحَاطَةُ بِفِعْلِ

(٢٥) أى : وعلى ما فعله الخلفاء .

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) فى الأصل : للوارث .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب اليمين بما يصدقك صاحبك ... ، من كتاب الأيمان والنذور . المصنف ٨/ ٤٩٤ .

(٣) تقدم ترجمته ، فى : صفحة ٢٢٢ .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) فى الأصل ، ١ : « اغتصبها » .

(٦) تقدم ترجمته ، فى : صفحة ٣٢ .

(٧) فى ١ : « عليه » .

نفسه ، ولا يُمكنه ذلك في فعلٍ غيره ، فافترقا في اليمين ، كما افتُرقت الشهادة ، فإنها / تكون بالقطع فيما يُمكن القطع فيه من العقود ، وعلى الظن فيما لا يُمكن فيه القطع من الأملاك والأنساب ، وعلى نفي العلم فيما لا تُمكن الإحاطة بآثاره ، كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان . وحديث القاسم بن عبد الرحمن ، مَحْمُولٌ على اليمين على نفي فعل الغير . إذ ثبت هذا ، فإنه يُخلف فيما عليه على البت ، نفيًا كان أو إثباتًا . وأما ما يتعلق بفعل غيره ، فإن كان إثباتًا ، ^(٨) مثل أن يدعى أنه أقر أو باع ، ويُقيم شاهدًا بذلك ، فإنه يُخلف مع شاهده على البت والقطع . وإن كان على نفي العلم ، ^(٩) مثل أن يدعى عليه دين أو غصب أو جناية أو خيانة ^(١٠) ، فإنه يُخلف على نفي العلم ، لا غير . وإن حلف عليه على البت كفاؤه ، وكان التقدير فيه العلم ، كافي الشاهد إذا شهد بعدد الورثة ، وقال : ليس له وارث غيرهم . سُمِعَ ذلك ، وكان التقدير فيه علمه . ولو ادعى عليه أن عبده جنى أو استدان ، فأنكر ذلك ، فيبيته على نفي العلم ؛ لأنها يمين على نفي فعل الغير ، فأشبهت يمين الوارث على نفي الموروث .

فصل : قال ابن أبي موسى : اختلف قول أحمد ، في مَنْ باع سِلعةً ، فظَهَرَ المُشْتَرِي على غيبها ، وأنكره البائع ، هل اليمين على البت أو على علمه ؟ على روايتين . ولو أبق عبْد المُشْتَرِي ، فادعى على البائع أنه أبق عنده ، فأنكر ، هل يلزمه أن يخلف أنه لم يَأْبُق قط ، أو على نفي علمه ؟ على روايتين ، إلا أن يكون ولده ، ^(١١) فيلزمه أن يخلف ^(١٢) أنه لم يَأْبُق قط . ووجه كون اليمين على ^(١٣) علمه ، أنها على نفي فعل الغير ، فأشبه ما لو ادعى عليه أن عبده جنى . ووجه الأخرى ، أنه إذا ^(١٤) ادعى عليه أنه باعه مبيعًا ، يستحق به رده عليه ، فلزمته اليمين على البت ، كما لو كان إثباتًا .

فصل : ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق ، أو توجهت له ، أبيع له الخلف ،

(٨-٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠-١٠) ق م : فيحلف .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

ولا شيء / عليه من إثم ولا غيره ؛ لأن الله تعالى شرع اليمين ، ولا يشترع محرماً . وقد أمر الله تعالى نبيه ، عليه السلام ، أن يقسم على الحق ، في ثلاثة مواضع من كتابه . وحلف عمر لأبي على تخيل ، ثم وهبه له ، وقال : خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الخليف على حقوقهم ، فتصير سنة^(١٣) . قال حنبل : بلى أبو عبد الله بنحو هذا ، جاء إليه ابن عمه ، فقال : لي قبلك حق من ميراث أُمي ، وأطالبك بالقاضي ، وأحلفك . فقيل لأبي عبد الله : ما ترى ؟ قال : أحلف له ، إذ لم يكن له قبلي حق ، وأنا غير شاك في ذلك ، حلفت له ، وكيف لا أحلف ، وعمر^(١٤) قد حلف ، وأنا من أنا ؟ وعزم أبو عبد الله على اليمين ، فكفاه الله ذلك ، ورجع الغلام عن تلك المطالبة . واختلف في الأولى ، فقال قوم : الحلف أولى من افتداء يمينه ؛ لأن عمر حلف ؛ ولأن في الحلف فائدتين ؛ إحداهما ، حفظ ماله عن الضياع ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعته^(١٥) . والثانية ، تحليص أخيه الظالم من ظلمه ، وأكل المال بغير حقه ، وهذا من نصيحته ونصرتة بكفه عن ظلمه^(١٦) ، وقد أشار النبي ﷺ على رجل أن يحلف ويأخذ حقه^(١٧) . وقال أصحابنا : الأفضل افتداء يمينه ؛ فإن عثمان اقتدى بيمينه ، وقال : خفت أن تصادف قدراً ، فيقال : حلف فعوقب ، أو هذا شوم يمينه^(١٨) . وروى الحلال ، بإسناده ، أن حذيفة عرف جملًا سرق له ، فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين ، فصارت اليمين على حذيفة ، فقال : لك عشرة دراهم . فأبى ، فقال^(١٩) لك عشرون ، فأبى ، فقال : لك ثلاثون . فأبى ، فقال : لك أربعون . فأبى ، فقال حذيفة : أترى أترك جمل ؟ فحلف بالله أنه له ما باع ولا وهب^(٢٠) . ولأن في اليمين عند الحاكم تبذلاً ، ولا يأمن أن يصادف قدراً ، فينسب إلى

(١٣) تقدم ترجمه ، في : ٢٤٢/١٣ .

(١٤) في النسخ : وابن عمر ٤ . وابن عمر لم يحلف كما جاء في صفحة ٢٣٤ الآية .

(١٥) تقدم ترجمه ، في : ٥١٦/٦ .

(١٦) في الأصل : « الظلم » .

(١٧) انظر في صفحة ٢٣٤ الآية الحديث الذي أخرجه الدارقطني ، أن رسول الله ﷺ رد اليمين على طالب الحق .

(١٨) انظر ما تقدم في : ٤٤٢/١٣ .

(١٩-١٩) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢٠) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٤٢/٤ . والبيهقي ، في : باب =

الكذب، وأنه عوقب بحليفه كاذباً، وفي ذهاب ماله له^(٢١) أجزر، / وليس هذا تضيقاً ١٠٦/١١
للمال، فإن أخاه المسلم يتتبع به في الدنيا ويعزّمه له في الآخرة. وأما عمر، فإنه خاف
الاستئثار به، وترك الناس الحلف على حقوقهم، فيدُلّ على أنه لولا ذلك، لما
حلف، وهذا أولى. والله تعالى أعلم.

فصل: فأما الحلف الكاذب ليقطع به مال أخيه، ففيه إثم كبير. وقد قيل: إنه من
الكبائر؛ لأن الله تعالى وعّد عليه العذاب الأليم، فقال سبحانه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ
بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يَكْلُمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ
إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يَزْكِيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٢٢). قال الأشعث بن قيس: [في]^(٢٣)
نزلت هذه الآية، كان لي بقر في أرض ابن عمي، فأتيت رسول الله ﷺ، فقال: «يَبْتَئِكَ،
أَوْ يَمِينُهُ». قلت: إذا يحلف عليها. فقال رسول الله ﷺ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ،
هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ، لَيَقْتُلَنَّ بِهَا مَالَ مَرِيءٍ مُسْلِمٍ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانٌ». أخرجه
البخاري^(٢٤). وروى ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ
صَبْرٍ^(٢٥)، يَقْتُلَنَّ بِهَا مَالَ مَرِيءٍ مُسْلِمٍ، هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانٌ». .
متفق عليه^(٢٦). وقال النبي ﷺ، في حديث الكِنْدِيُّ: «لَيْنَ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ

= ما جاء في الانقضاء عن الجين ... من كتاب الشهادات. السنن الكبرى ١٠/١٧٩. وابن أبي شيبة، في: باب في
الرجل يدعي الشيء فيقيم عليه البيعة فيستحلف أنه لم يبع، من كتاب البيوع والأفضية. المصنف ٦/١٥٥ .
(٢١) سقط من: ١ .

(٢٢) سورة آل عمران ٧٧ .

(٢٣) تكملة من مصادر التخریج .

(٢٤) في: باب: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ ...﴾. في تفسير سورة آل عمران، من كتاب التفسير، وفي: باب
قول الله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ ...﴾. من كتاب الأيمان والنذور. صحيح البخاري ٦/٤٢٦، ٤٣،
١٧١/٨، ١٧٢. وأخرجه أيضاً، في: باب حدثنا عثمان بن أبي شيبة، من كتاب الشهادات. صحيح البخاري
٣/٢٣٣. وفيه: رجل «مكان»: ابن عم لي. و «شيء»: مكان «بئر». وفي: باب الحكم في البئر
ونحوها، من كتاب الأحكام. صحيح البخاري ٩/٩٠. وفيه: رجل «مكان»: ابن عم لي .

كما أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ٥/٢١٢

(٢٥) يمين صبر، أو يمين صبر. العصر: الحيس. والمراد إلزام الحاكم بها .

(٢٦) تقدم تخريجه، في: ٤٤٤/١٣ .

ظُلْمًا ، لَيَلْفَيْنِ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ ^(٢٧) . وهو حديث حسن صحيح . وقد روى في حديث : أَنَّ يَمِينَ الْعُمُوسِ تَذَرُ الدَّيَارَ بِلَاقِعٍ ^(٢٨) . وَتُسْتَحَبُّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُخَوِّفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مِنَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ ، وَيَقْرَأَ عَلَيْهِ الْآيَةَ وَالْأَنْجَارَ .

فصل : وَمَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ ذَيْنَ وَهُوَ مُعْسِرٌ بِهِ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ عَلَى . وهذا قال المزيئي . وقال أبو ثوري : له ذلك ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(٢٩) . ولأنه لا يستحقُّ مطالبتَه به في الحال ، ولا يجبُ عليه / أدائه إليه ، وأنَّ الذَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ ، وهو حقُّ له عليه ، ولو لم يكن عليه حقٌّ ، لم يجبُ إنظارُه به .

١٠٧/١١

فصل : وَيَمِينُ الْحَالِفِ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ ، فَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ غَضِبَهُ ، أَوْ اسْتَوْدَعَهُ وَدِيعَةً ، أَوْ اقْرَضَ مِنْهُ ، نَظَرْنَا فِي جَوَابِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ؛ فَإِنْ قَالَ : مَا غَضِبْتُكَ ، وَلَا اسْتَوْدَعْتَنِي ، وَلَا اقْرَضْتَنِي . كُلفَ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى ذَلِكَ . فَإِنْ قَالَ : مَا لَكَ عَلَىَّ حَقٌّ ، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَىَّ شَيْئًا ، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَىَّ مَا ادَّعَيْتَهُ ، وَلَا شَيْئًا مِنْهُ . كَانَ جَوَابًا صَحِيحًا . وَلَا يُكْلَفُ الْجَوَابُ عَنِ الْقَسْبِ وَالزَّوْدِيعَةِ وَالْقَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ غَضِبَ مِنْهُ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَيْهِ ، فَلَوْ ^(٣٠) جَحَدَ ذَلِكَ كَانَ كَاذِبًا ، وَإِنْ أَقْرَبَهُ ، ثُمَّ ادَّعَى الرَّدَّ ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ، فَإِذَا طُلِبَ مِنْهُ الْيَمِينُ ، حَلَفَ عَلَى حَسَبِ مَا أَجَابَ . وَلَوْ ادَّعَى أَنِّي ابْتَعْتُ مِنْكَ الدَّارَ الَّتِي فِي يَدِكَ ، فَأَنْكَرَهُ ، وَطُلِبَ يَمِينُهُ ، نَظَرْنَا فِي جَوَابِهِ ؛ فَإِنْ أَجَابَ بِأَنَّكَ لَا تَسْتَحِقُّهَا . حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ مَا ابْتَاعَهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ابْتَاعَهَا مِنْهُ ثُمَّ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ أَجَابَ بِأَنَّكَ [لَمْ] ^(٣١) تَبْتَعْهَا مِنِّي . حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَوْدَعَهُ ، فَأَنْكَرَهُ ، هَلْ يَخْلِفُ : مَا أَوْدَعْتَنِي ؟ قَالَ : إِذَا حَلَفَ : مَا لَكَ عِنْدِي شَيْءٌ ، وَلَا لَكَ فِي يَدِي شَيْءٌ . فَهُوَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْحَلْفُ عَلَى حَسَبِ الْجَوَابِ ، وَأَنَّهُ مَتَى حَلَفَ : مَا لَكَ قَبْلِي حَقٌّ . بَرِئَ بِذَلِكَ . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ وَجُهَانُ ، كَهْلَذَيْنِ .

(٢٧) تقدم ترجمته ، في : صفحة ٣٢ .

(٢٨) كنز العمال ٦٦ / ٦٩٧ ، ٦٩٧ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٣٠) في ب ، م زيادة : و كلف .

(٣١) تكملة يصح بها السياق .

فصل : ولا تدخل اليمين النجاسة ، ولا يحلف أحد عن غيره ، فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً ، لم يحلف عنه ، ووقف الأمر حتى يبلغ الصبي وتقبل المجنون ، ولم يحلف عنه وليه . ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً ، أو ادعاه الوصي أو الأيمن له ، فأنكر المدعى عليه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل قضى عليه . ومن لم ير القضاء بالثكول ، / ١٠٧/١١ ط ورأى رد اليمين على المدعى ، لم يحلف الولي^(٣٢) عنهما ، ولكن يقف اليمين ، ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه . وإن ادعى على العبد دعوى ، نظرت ؛ فإن كاث ممّا يقبل قول العبد فيها على نفسه ، كالقصاص ، والطلاق ، والقذف ، فالخصومة معه دون سيده . فإن قلنا : إن اليمين تشرع في هذا . حلف^(٣٣) العبد دون سيده ، وإن نكل لم يحلف غيره ، وإن كان مملاً لا يقبل قول العبد فيه ، كإثلاف مالي ، أو جنابة ثوجب المال ، فالخصم السيد ، واليمين عليه ، ولا يحلف العبد فيها بحال .

فصل : وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ، وقال : لي بيّنة أقيمها ، أو حساب أستثبته ، لأحلف على ما أتقن . فذكر أبو الخطاب ، أنه لا يمهّل ، وإن لم يحلف ، جعل ناكلاً . وقيل : لا يكون ذلك نكولاً ، ويمهّل مدة قريبة . وإن قال : ما أريد أن أحلف . أو سكّ ، فلم يذكّر شيئاً ، نظرنا في المدعى ؛ فإن كان مالاً ، أو المقصود منه المال ، قضى عليه بنكوله ، ولم ترد اليمين على المدعى . نص عليه أحمد ، فقال : أنا لا أرى رد اليمين ، إن حلف المدعى عليه ، وإلا دفع إليه حقه . وهذا قال أبو حنيفة . واختار أبو الخطاب ، أن له رد اليمين على المدعى ، إن ردّها حلف المدعى ، وحكم له بما ادعاه . قال : وقد صوّبه أحمد ، فقال : ما هو بعيد ، يحلف ويستحق^(٣٤) . وقال : هو قول أهل المدينة ، روى ذلك عن علي ، رضي الله عنه . وبه قال شريح ، والشعبي ، والثعفي ، وابن سيرين ، ومالك في المال خاصة . وقاله^(٣٥) الشافعي في جميع

(٣٢) سقط من : ١ .

(٣٣) في ب ، م : د أحلف .

(٣٤) سقطت الواو من : الأصل ، ١ .

(٣٥) في الأصل ، ١ : د وقال .

الدَّعَاوَى؛ لما رَوَى عن نافع، عن ابن عمر، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى طَالِبِ الْحَقِّ .
 رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ^(٣٦)، وَلَئِنْ إِذَا نَكَلَ ظَهَرَ صِدْقُ الْمُدَّعَى، وَقَوَّى جَانِبَهُ، فَتَشْرَعُ الْيَمِينَ
 فِي حَقِّهِ، كَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ قَبْلَ نَكْوَلِهِ، وَكَالْمُدَّعَى إِذَا شَهِدَ / لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَلَئِنْ التَّكْوَلُ
 قَدْ يَكُونُ لَجَهْلِهِ بِالْحَالِ، وَتَوَرُّعِهِ عَنِ الْحَلِيفِ عَلَى مَا لَا يَتَحَقَّقُهُ، أَوْ لِلخَوْفِ مِنْ عَاقِبَةِ
 الْيَمِينِ، أَوْ تَرْفَعًا عَنْهَا، مَعَ عِلْمِهِ بِصِدْقِهِ فِي إِثْكَارِهِ، وَلَا يَتَعَيَّنُ نَكْوَلُهُ صِدْقُ الْمُدَّعَى،
 فَلَا يَجُوزُ الْحُكْمُ لَهُ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ، فَإِذَا حَلَفَ كَانَتْ يَمِينُهُ دَلِيلًا عِنْدَ عَدَمِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا،
 كَمَا فِي مَوْضِعِ الْوِفَاقِ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: لَا أَدْعُهُ حَتَّى يُقَرَّ أَوْ يَحْلِفَ. وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ
 ﷺ: «لَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى^(٣٧) الْمُدَّعَى عَلَيْهِ^(٣٨)». فَحَصَرَهَا فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى
 عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ^(٣٨)». ^(٣٩) فَجَعَلَ
 جَنْسَ الْيَمِينِ فِي جَنْبِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ^(٣٩)، كَمَا جَعَلَ جَنْسَ الْبَيِّنَةِ فِي جَنْبِ الْمُدَّعَى. وَقَالَ
 أَحْمَدُ: قَدِمَ ابْنُ عُمَرَ إِلَى عُثْمَانَ فِي عَيْدِهِ، فَقَالَ لَهُ: اخْلُفْ أَتُكْ مَا بَعَثَهُ بِهِ عَيْبٌ عِلْمَتُهُ.
 فَأَبَى ابْنُ عُمَرَ أَنْ يَحْلِفَ، فَرَدَّ الْعَيْدَ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَرُدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى. وَلَئِنْهَا بَيِّنَةٌ فِي
 الْمَالِ، فَحُكِمَ فِيهَا بِالتَّكْوَلِ، كَمَا لَوْ مَاتَ مَنْ لَا وَارَثَ لَهُ، فَوَجَدَ الْإِمَامُ فِي ذَنْبِهِ دَيْتًا لَهُ عَلَى
 إِنْسَانٍ، فَطَالَبَهُ بِهِ، فَأَثْبَرَهُ، وَطَلَبَ مِنْهُ الْيَمِينَ، فَأَثْبَرَهُ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّ الْيَمِينَ لَا
 تُرَدُّ. وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا، أَنَّهُ يَقْضَى بِالتَّكْوَلِ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي
 الْآخَرِ، يُحْبَسُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، حَتَّى يُقَرَّ، أَوْ يَحْلِفَ. وَكَذَلِكَ لَوْ أَدَّعَى رَجُلٌ عَلَى مَيِّتٍ
 أَنَّهُ وَصَّى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِ ثَلَاثَةِ أَثَرِ الْوَرِثَةِ، وَأَثْبَرَهُ الْوَرِثَةُ، وَتَكَلَّمُوا عَنِ الْيَمِينِ، قُضِيَ عَلَيْهِمْ. وَالْخَبَرُ لَا تُعْرَفُ
 صِحَّتُهُ، وَمُخَالَفَةُ ابْنِ عُمَرَ لَهُ فِي الْقِصَّةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا، تَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَرُدَّ
 الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى، وَلَا رَدَّهَا عُثْمَانُ. فَعَلَى هَذَا، إِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ: إِنْ

(٣٦) فِي: كِتَابُ فِي الْأَقْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ. سَنَنِ الدَّارَقُطْنِيِّ ٢١٣/٤.

كَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي: كِتَابِ الْأَحْكَامِ. الْمُسْتَدْرَكُ ١٠٠/٤. وَبِالْبَيْهَقِيِّ، فِي: بَابِ التَّكْوَلِ وَرَدِّ الْيَمِينِ، مِنْ كِتَابِ

الشَّهَادَاتِ. سَنَنِ الْكِبَرِيِّ ١٨٤/١٠.

(٣٧) فِي ب، م نَادَةٌ: هـ جَانِبٌ هـ.

(٣٨) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ، فِي: ٥٨٧/٦.

(٣٩) ٣٩-٣٩) مَقْطُوعٌ مِنْ: ١. نَقَلَ نَظَرَ.

حَلَفْتُ ، وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْكَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ حَلَفَ ، وَإِلَّا قَضَىٰ عَلَيْهِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ، يَقُولُ لَهُ : لِلرَّذَىِّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى . فَإِنْ رَدَّهَا ، حَلَفَ ، وَقَضَىٰ لَهُ ، وَإِنْ تَكَلَّلَ / عَنْ ١٠٨/١١
الْيَمِينِ ، سُئِلَ عَنْ سَبَبِ تَكْوِيلِهِ ، فَإِنْ قَالَ : لِي بَيِّنَةٌ أَقِيمُهَا ، أَوْ حِسَابٌ أَسْتَشِيهُ ، لَا خَلْفَ عَلَى مَا تَقِيَّتُهُ . أُتَحَرَّتِ الْحُكُومَةُ . وَإِنْ قَالَ : مَا أُرِيدُ أَنْ أَخْلِفَ . سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ ، فَلَوْ بَذَلَهَا فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ بَعْدَ هَذَا ، لَمْ تُسْمَعْ مِنْهُ ، إِلَى أَنْ يَعُودَ فِي مَجْلَسٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ :
فَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ ، ثُمَّ بَذَلَهَا ، سُمِعَتْ مِنْهُ ، فَلَمْ مَنَعْتُمْ سَمَاعَهَا هُنَا ؟
قُلْنَا : الْيَمِينُ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هِيَ الْأَصْلُ ، فَمَتَى قَدَّرَ عَلَيْهَا ، أَوْ بَذَلَهَا ، وَجَبَ قَبُولُهَا ، وَالْمَصِيرُ إِلَيْهَا ، كَالْمُبْدَلَاتِ مَعَ أَبْدَالِهَا ، وَأَمَّا يَمِينُ الْمُدَّعَى ، فَهِيَ بَدَلٌ ، فَإِذَا
امْتَنَعَ مِنْهَا ، لَمْ يَتَنَقَّلِ الْحَقُّ إِلَى غَيْرِهِ ، فَإِذَا امْتَنَعَ مِنْهَا ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنْهَا ؛ لِضَعْفِهَا . وَأَمَّا إِذَا
حَلَفَ ، وَقَضَىٰ لَهُ ، فَعَادَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَبَذَلَ الْيَمِينَ ، لَمْ يُسْمَعْ مِنْهُ ، وَهَكَذَا لَوْ بَذَلَهَا
بَعْدَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِتَكْوِيلِهِ ، لَمْ يُسْمَعْ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ ثَمَّ ، فَلَا يُتَقَضُّ ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ .
فَأَمَّا غَيْرُ الْمَالِ ، وَمَا لَا يُقَصَّدُ بِهِ الْمَالُ ، فَلَا يُقَضَّى فِيهِ بِالتَّكْوِيلِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي
الْقِصَاصِ . وَنُقِلَ عَنْهُ ، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَذَفَهُ ، فَقَالَ : اسْتَخْلِفُوهُ ، فَإِنْ قَالَ :
لَا أَخْلِفُ . أُقِيمَ عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُقَضَّى فِي شَيْءٍ مِنْ
هَذَا بِالتَّكْوِيلِ ، وَلَا فَرَقَ بَيْنَ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ، وَالْقِصَاصِ فِي الطَّرْفِ ^(١٠) . وَهَذَا قَالَ
أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ . ^(١١) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ^(١٢) : يُقَضَّى بِالتَّكْوِيلِ فِي الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ
النَّفْسِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلُهُ . وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَخَذَ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَأَشْبَهَ
الْبُتُوعَ الْآخَرَ . فَعَلَى هَذَا ، مَا يُصْنَعُ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُحْلَى سَبِيلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ
يُثَبِّتْ عَلَيْهِ حُجَّةٌ ، وَتَكُونُ فَائِدَةُ شَرْعِيَّةِ ^(١٣) الْيَمِينِ الرَّدَّ وَالزَّجْرَ . وَالثَّانِي ، يُجْبَسُ حَتَّى
يُقَرَّ أَوْ يَحْلِفَ . وَأَصْلُ الْوَجْهَيْنِ الْمَرْأَةُ إِذَا نَكَلَتْ عَنِ اللَّعَانِ .

فصل : وَإِذَا حَلَفَ ، فَقَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . أُعِيدَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّ

(٤٠) فِي ١ ، ب : هِ الْأَطْرَافِ .

(٤١) - (٤٠) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(٤٢) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب .

الاستثناء يُزيل حكمَ اليمين . وكذلك إذا^(٤٣) وصلَ يمينه بشرطٍ أو كلامٍ غير مفهوم .
 وإن حلفَ قبل أن يستحلفه / الحاكم ، أُعيدت عليه ، ولم يُعتد بما حلفَ قبل
 الاستحلاف . وكذلك إن استحلفه الحاكم قبل أن يسأله المدعى استحلافه ، لم يُعتد
 بها .

فصل : ولو ادَّعى على رجلٍ دينا ، أو حقا ، فقال : قد أبرأتني منه ، أو استوفيتَه
 مني . فالقول قول من ينكر الإبراء والاستيفاء مع يمينه ، ويكفيه أن يخلف بالله أن هذا
 الحق — وبُسميه تسميةً يصيرُ بها معلوماً — ما برئت ذمتك منه ، ولا^(٤٤) من شيء
 منه ، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ،^(٤٥) ولا من شيء منه^(٤٦) . وإن ادَّعى استيفاءه ، أو
 البراءة بجهةٍ معلومة ، حلفَ على تلك الجهة وحدها ، وكفاه .

فصل : والحقوق على ضريين ؛ أحدهما ، ما هو حق لآدمي . والثاني ، ما هو حق لله
 تعالى . فحق آدمي ينقسم قسمين ؛ أحدهما ، ما هو مال ، أو المقصود منه المال ، فهذا
 تُشرع فيه اليمين ، بلا خلاف بين أهل العلم ، فإذا لم تكن للمدعى يمينه ، حلف المدعى
 عليه ، ويرى . وقد ثبت هذا في قضية^(٤٧) الحضرمي والكندى اللذين اختلفا في
 الأرض ، وعموم قول النبي ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ »^(٤٨) . القسم
 الثاني ، ما ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، وهو كل^(٤٩) ما لا يثبت إلا بشاهدين ؛
 كالقصاص ، وحَدِّ القذف ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والعتيق ، والنسب ،
 والاستيلاء ، والولاء ، والرق ، وفيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يُستحلف المدعى عليه ، ولا
 تُعرض عليه اليمين . قال أحمد : لم أسمع من مضي جوار الأيمان إلا في الأموال والعروض
 خاصة . وهذا قول مالك . وشعوه قول أبي حنيفة ، فإنه قال : لا يُستحلف في النكاح ، وما

(٤٣) في ١ ، ب ، م : « إن » .

(٤٤) في ب زيادة : « ترى » . ولعلها : « تبرا » .

(٤٥) (٤٥-٤٥) سقط من : الأصل .

(٤٦) في ١ ، ب ، م : « قصة » .

(٤٧) تقدم ترجمته ، في : ٥٢٥/٦ .

(٤٨) سقط من : الأصل ، ١ .

يتعلّق به من دَعَوَى الرَّجْعَةِ وَالْفَيْقَةِ فِي الْإِبْلَاءِ ، وَلَا فِي الرُّقِّ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْاسْتِيلَادِ وَالْوَلَاءِ
وَالنَّسَبِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا يَدْخُلُهَا الْبَدَلُ ، وَإِنَّمَا تُعْرَضُ الْيَمِينُ فِيمَا يَدْخُلُهُ الْبَدَلُ ؛ فَإِنَّ
الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَخْلِفَ أَوْ يُسَلِّمَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ
ذَكَرْنِي ، فَلَا تُعْرَضُ فِيهَا الْيَمِينُ ، كَالْحُدُودِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُسْتَحْلَفُ فِي الطَّلَاقِ ،
وَالْقِصَاصِ ، وَالْقَذْفِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا / قَالَ : ارْتَجَعْتُكَ . فَقَالَتْ : انْقَضَتْ ١١/٢٠٩ ظ
عِدَّتِي قَبْلَ رَجْعَتِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا . وَإِذَا اخْتَلَفَ فِي مَضِي الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرِ ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . فَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا ، أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ،
وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَعَى قَوْمٌ
دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ^(٩٠) . وَهَذَا عَامٌّ
فِي كُلِّ مُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ فِي دَعْوَى الدِّمَاءِ ؛ لِذِكْرِهَا فِي الدَّعْوَى مَعَ عُمُومِ
الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّهَا دَعْوَى صَحِيحَةٌ فِي حَقِّ لَادِمٍ ^(٩١) ، فَجَازَ أَنْ يَخْلِفَ فِيهَا الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ ، كَدَعْوَى الْمَالِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، حَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى ، وَهِيَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
الْحُدُودُ ، فَلَا تُشْتَرَعُ فِيهَا يَمِينٌ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ ،
قَبْلَ مِنْهُ ، وَخَلَّى مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، فَلَا نَ لَا يُسْتَحْلَفُ مَعَ عَدَمِ الْإِقْرَارِ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّهُ يُسْتَحَبُّ
سِتْرُهُ ، وَالتَّعْرِيزُ لِلْمُقَرَّبِ ، بِالرُّجُوعِ عَنْ إِقْرَارِهِ ، وَلِلشُّهُودِ بِتَرْكِ الشَّهَادَةِ وَالسِّرِّ عَلَيْهِ ،
قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ، لَهَزَّالِ ، فِي قِصَّةِ مَا عَزَى : « يَا هَزَّالُ ، لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ ، لَكَانَ خَيْرًا
لَكَ » ^(٩٢) . فَلَا تُشْتَرَعُ فِيهِ يَمِينٌ بِحَالٍ . النَّوعُ الثَّانِي ، الْحَقُوقُ الْمَالِيَّةُ ، كَدَعْوَى السَّاعِي
الرَّكَاعَةِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَأَنَّ الْحَوْلَ قَدْتَمَّ وَكَمَلَ النَّصَابُ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ ،
مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ النَّاسُ عَلَى صِدَقَاتِهِمْ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ،
وَمُحَمَّدٌ : يُسْتَحْلَفُ ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى مَسْمُوعَةٌ ، أَشْبَهَ حَقَّ الْآدِمِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ
تَعَالَى ، أَشْبَهَ الْحَدِّ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ عِبَادَةٌ ، فَلَا يُسْتَحْلَفُ عَلَيْهَا ، كَالصَّلَاةِ . وَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ ،
أَنَّهُ عَلَيْهِ كُفْرًا يَمِينٍ أَوْ ظَهَارٍ ، أَوْ نَذَرَ صَدَقَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نَفْيِ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ

(٩٩) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(١٠٠) في ١ : آدَمِي .

(١٠١) تقدم تخريجه ، في : ٣٨٠/١٢ .

يَجِبُ ، وَلَا تُسْمَعُ الدَّعْوَى فِي هَذَا ، وَلَا فِي حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمُدَّعَى فِيهِ ، وَلَا وَلايَةً لَهُ عَلَيْهِ ، فَلَا تُسْمَعُ مِنْهُ دَعْوَاهُ حَقًّا لِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَا وَلايَةً لَهُ عَلَيْهِ . فَإِنْ تَضَمَّنَتْ دَعْوَاهُ حَقًّا ، مِثْلَ أَنْ يَدَّعَى سَرَقَةً مَالِهِ ، لِيُضْمَنَ / السَّارِقُ ، أَوْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَاسْرَقَةً ، أَوْ يَدَّعَى عَلَيْهِ الزَّوْنِي بِجَارِيَتِهِ ؛ لِيَأْخُذَ مَهْرَهَا مِنْهُ ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ، وَتُسْتَحْلَفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِحَقِّ الْآدِمِيِّ ، دُونَ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى .

١٩١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَ مِنَ الْأَرْبَعَةِ اثْنَانِ ، أَنَّ هَذَا زَنَى بِهَا فِي هَذَا النَّيِّبِ ، وَشَهِدَ الْآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي النَّيِّبِ الْآخَرِ ، فَلِلْأَرْبَعَةِ قَذْفَةٌ ، وَعَلَيْهِمُ الْحُدُّ)

وجملته ، أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّوْنِي ، اجْتِمَاعُ الشُّهُودِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى فِعْلِ وَاحِدٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجْتَمِعُوا ، لَمْ تُكْمَلِ الشَّهَادَةُ ، وَكَانَ الْجَمِيعُ قَذْفَةً ، وَعَلَيْهِمُ الْحُدُّ ، فَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي هَذَا النَّيِّبِ ، وَاثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي نَيْبٍ آخَرَ ، فَمَا اجْتَمَعُوا عَلَى الشَّهَادَةِ بِزَوْنِي وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ الزَّوْنِي فِي هَذَا النَّيِّبِ غَيْرُ الزَّوْنِي فِي الْآخَرِ ، فَلَمْ تُكْمَلِ شَهَادَتُهُمْ ، وَيُحْدِثُونَ حَدَّ الْقَذْفِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : تُكْمَلُ شَهَادَتُهُمْ ، وَيُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ . وَاسْتَبَعَدَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَقَالَ : هَذَا سَهْوٌ مِنَ النَّاقِلِ ؛ لِأَنَّهُ يَخَالِفُ الْأَصُولَ وَالْإِجْمَاعَ ، وَالْحُدُّ يُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ ، فَكَيْفَ يَجِبُ بِهَا ! وَقَالَ النَّحَّعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ : لَا حَدَّ عَلَى الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّهُمْ كَمَلُوا أَرْبَعَةً ، وَلَا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَشْهَدُوا بِزَوْنِي وَاحِدٍ يَجِبُ الْحُدُّ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ لَمْ يَشْهَدُوا بِزَوْنِي وَاحِدٍ ، فَلَزِمَهُمُ الْحُدُّ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ ، وَاثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِغَيْرِهَا ، وَلَئِنَّهُ لَا يَحْلُو مِنْ أَنْ تَكُونَ شَهَادَتُهُمْ بِزَوْنِي وَاحِدٍ أَوْ بَاثْنَيْنِ ، فَإِنْ كَانَتْ يَفْعُلُ وَاحِدٌ ، مِثْلَ أَنْ يُعَيِّنَ الْجَمِيعُ وَقْتًا وَاحِدًا ، لَا يُمَكِّنُ زِنَاهُ فِيهِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، فَاثْنَانِ مِنْهُمْ كَاذِبَانِ يَقِينًا ، وَاثْنَانِ مِنْهُمْ لَوْ خَلَوْا عَنِ الْمُعَارَضَةِ لِشَهَادَتَيْهِمَا^(١) ، لَكُنَا قَذْفَةً ، فَمَعَ التَّعَارُضِ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَتْ شَهَادَتُهُمْ بِفَعْلَيْنِ ، كَانُوا قَذْفَةً ، كَمَا لَوْ عَيَّنُوا فِي شَهَادَتِهِمْ أَنَّهُ

(١) فِي أ ، ب ، م : : لِشَهَادَتِهِمْ .

رَأَى مَرَّةً أُخْرَى . وما ذَكَرُوهُ يَبْتَطِلُ بِالْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وكذلك كُلُّ شَهَادَةٍ عَلَى فِعْلَيْنِ ، مثلُ أَنْ يَشْهَدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ ، وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِأُخْرَى ، أَوْ / يَشْهَدَانِ^(٢) أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي يَوْمٍ ، وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي آخَرَ ، أَوْ ١١/١١ ظ يَشْهَدَانِ^(٣) أَنَّهُ زَنَى بِهَا لَيْلًا ، وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا نَهَارًا ، أَوْ يَشْهَدَانِ^(٤) أَنَّهُ زَنَى بِهَا غَدَوَةً ، وَيَشْهَدُ آخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا عَشِيًّا ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، فَإِنَّهُمْ قَدْ قَفَّ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ ، وَعَلَيْهِمُ الْحُدُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي زَاوِيَةِ بَيْتٍ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي زَاوِيَةٍ مِنْهُ أُخْرَى ، وَكَانَتَا مُتَبَاعِدَتَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ ، وَيُحَدُّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ ، اسْتِحْسَانًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مَكَانَانِ لَا يُمَكِّنُ وَقُوعُ الْفِعْلِ الْوَاحِدِ فِيهِمَا ، وَلَا يَصِحُّ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِمَا ، فَأَشْبَهَا الْبَيْتَيْنِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَتَا مُتَقَارِبَتَيْنِ ، تُمَكِّنُ نِسْبَتُهُ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، لَقَرَّبِهِ مِنْهَا ، كَمَلَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِإِمْكَانِ صِدْقِهِمْ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الزَّوَارِئِتَيْنِ جَمِيعًا .

فصل : ومتى كَانَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى فِعْلٍ ، فَاخْتَلَفَ الشَّاهِدَانِ فِي زَمَنِهِ ، أَوْ مَكَانِهِ ، أَوْ صِفَةِ لَهُ تَدُلُّ عَلَى تَغَايُرِ الْفِعْلَيْنِ ، لَمْ تُكْمَلْ شَهَادَتُهُمَا ، مثلُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ غَضِبَهُ دِينَارًا يَوْمَ السَّبْتِ ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّهُ غَضِبَهُ دِينَارًا يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، أَوْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ غَضِبَهُ بِدَمَشَقَ ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّهُ غَضِبَهُ بِمِصْرَ ، أَوْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ غَضِبَهُ دِينَارًا ، وَيَشْهَدُ الْآخَرُ أَنَّهُ غَضِبَهُ ثوبًا ، فَلَا تُكْمَلُ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ فِعْلٍ لَمْ يَشْهَدْ بِهِ شَاهِدَانِ . وَهَكَذَا إِنْ اخْتَلَفَا فِي زَمَنِ الْقَتْلِ ، أَوْ مَكَانِهِ ، أَوْ صِفَتِهِ ، أَوْ فِي شَرْبِ الْخَمْرِ ، أَوْ الْقَذْفِ ، لَمْ تُكْمَلِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ مَا شَهِدَ بِهِ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ غَيْرُ الَّذِي شَهِدَ بِهِ الْآخَرُ ، فَلَمْ يَشْهَدْ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْفِعْلَيْنِ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِلَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، فَإِنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةُ^(٥) تُكْمَلُ . وَيَتَّبَعُ الْمَشْهُودُ بِهِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ ، فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْفِعْلِ ، فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ سَرَقَ مَعَ الزَّوَالِ كَيْسًا أَبْيَضَ ، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ سَرَقَ مَعَ الزَّوَالِ كَيْسًا أَسْوَدَ ، أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ سَرَقَ هَذَا الْكَيْسَ غَدَوَةً ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ / سَرَقَهُ عَشِيًّا ، ١١/١١ و

(٢) في ١ ، ب ، م : « يشهدان » .

(٣) في الأصل ، ١ ، م ، ن ، د : « لم » .

لم تكْمِل الشهادة . ذكره ابن حامد . وقال أبو بكر : تَكْمُل . والأوّل أصح ؛ لأنّ كل فعل لم يشهد به إلا واحد ، على ما قدّمناه . وإن اختلفا في صفة المشهود به اختلفا فوجب تغايرهما^(٤) ، مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدنيار ، فلا خلاف في أنّ الشهادة لا تَكْمُل ؛ لأنّه لا يُمكن إيجابهما جميعاً ؛ لأنّه يكون إيجاباً بالحق عليه بشهادة واحد ، ولا إيجاب أحدهما بعينه ، لأنّ الآخر لم يشهد به ، وليس أحدهما أولى من الآخر . فأمّا إن شهد بكلّ فعل شاهدان ، واختلفا في الزمان ، أو المكان ، أو الصّفة ، ثبتا جميعاً ؛ لأنّ كلّ واحد منهما قد شهدت به بيّنة عادلة ، لو انفردت أثبت الحق ، وشهادة الأخرى لا تعارضها ؛ لأنّ مكان الجمع بينهما ، إلّا أن يكون الفعل ممّا لا يُمكن تكرّره ، كقتل رجل بعينه ، فتعارض البيّتان ، لعلينا أن إحداهما كاذبة ، ولا نعلم أيّتهما هي ، بخلاف ما يتكرّر ويُمكن صدق البيّتين فيه ، فإثباتهما جميعاً يثبتان إن ادّعاهما ، وإن لم يدّع إلا إحداهما ، ثبت له ما ادّعاه دون ما لم يدّعه . وإن شهد اثنان أنّه سرق مع الزّوال كيساً أسود ، وشهد آخران أنّه سرق مع الزّوال كيساً أبيض ، أو شهد اثنان أنّه سرق هذا الكيس غدوة ، وشهد آخران أنّه سرقه عشياً ، فقال القاضي : يتعارضان . وهو مذهب الشافعي . كما لو كان المشهود به قتلاً . والصّحيح أنّ هذا لا تعارض فيه ، لأنّه^(٥) يُمكن صدق البيّتين ، بأن يسرق عند الزّوال كيسين أبيض وأسود ، فنشهد كلّ بيّنة بأحدهما ، ويُمكن أن يسرق كيساً غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره ، فيسرقه عشياً ، ومع إمكان الجمع لا تعارض . فعلى هذا ، إن ادّعاهما المشهود له ، ثبتت له في الصّورة الأولى ، وأمّا في الصّورة الثانية ، فيثبت له الكيس المشهود به حسب ؛ فإنّ المشهود به وإن كانا^(٦) فغلين ، لكنهما في محلّ واحد ، فلا يجب أكثر من ضمّانه . وإن لم يدّع المشهود / له إلا أحد الكيسين ، ثبت له ، ولم يثبت له الآخر ؛ لعدم دغواه إيّاه . وإن شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم ، وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر ، أو شهد أحدهما في مكان ، وشهد آخر^(٧)

١١١/١١ ظ

(٤) في ١ ، ب ، م : « تغايرهما » .

(٥) في م : « لا » .

(٦) في الأصل : « كان » .

(٧) في ١ : « الآخر » .

بسرقة^(٨) في مكان آخر ، أو شهد أحدهما بعصب كيسي أبيض ، وشهد آخر بعصب كيسي أسود ، فأدعاهما المشهود له ، فله أن يخلف مع كل واحد منهما ، ويحكم له به ؛ لأنه مال قد شهد به شاهد . وإن لم يدع إلا أحدهما ، ثبت له ما ادعاه ، ولم يثبت له الآخر ؛ لعدم دعواه إياه .

فصل : فأما الشهادة على الإقرار ، مثل أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي يوم الخميس بدمشق أنه قتله ، أو قذفه ، أو غصبه كذا ، أو أن له في ذمته كذا ، ويشهد الآخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص ، كملت شهادتهما . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال زفر : لا تكمل شهادتهما ؛ لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد ، فلم تكمل الشهادة ، فأشبهت الشهادة على الفعل . ولنا ، أن المقر به واحد ، وقد شهد اثنان بالإقرار به ، فكملت شهادتهما ، كالمو كان الإقرار بهما واحداً ، وفارق الشهادة على الفعل ؛ فإن الشهادة فيها على فعلين مختلفين ، فظنير من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله في يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة ، فإن شهادتهما لا تقبل ههنا . ويحقق ما ذكرناه ، أنه لا يمكن جمع الشهود لسماح الشهادة في حق كل واحد ، والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم ، لا في جمعهم إلى المشهود له ، فيمضي إليهم في أوقات متفرقة ، وأماكن مختلفة ، فيشهدهم على إقراره . وإن كان الإقرار على فعلين مختلفين ، مثل أن يقول أحدهما : أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس . وقال الآخر : أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الجمعة . أو قال أحدهما : أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعريضة . وقال الآخر : أشهد / أنه أقر عندي أنه قذفه بالعجبية . لم تكمل الشهادة ؛ لأن الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه ، فلم تكمل الشهادة ، كالمو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه^(٩) دنانير ، وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه^(٩) ذراهم ، لم تكمل الشهادة . وعلى قول أبي بكر ، تكمل الشهادة في القتل ، والقذف ؛ لأن القذف بالعريضة أو العجبية ، والقتل بالبصرة أو الكوفة ، ليس من المقتضى ، فلا يعتبر في الشهادة ، ولم يؤثر . والأول أصح .

(٨) في ١ ، ب : ٥ : بسرقته .

(٩-٩) سقط من : ١ ، ب . نقل نظر .

فصل : فإن شهد أحدهما أنه باع أمس ، وشهد الآخر ، أنه باع اليوم ، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس ، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم ، فقال أصحابنا : تكمل الشهادة . وقال الشافعي : لا تكمل ؛ لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد ، أشبه ما لو شهد بالعصب في وقتين . ووجه قول أصحابنا ، أن المشهود به شيء واحد ، يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ، ويكون واحداً ، فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه ، فلم يؤثر ، كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية .

فصل : وكذلك الحكم في كل شهادة على قول ، فالحكم فيه كالحكم في البيع ، إلا النكاح ، فإنه كالفعل ^(١٠) . فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس ، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم ، لم تكمل الشهادة ، في قولهم جميعاً ؛ لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم ، فلم يشهد بكل واحد من العقد إلا شاهد واحد ، فلم يثبت ، كما لو كانت الشهادة على فعل ، وكذلك القذف ، فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهدا على قذف واحد .

فصل : فإن شهد أحدهما أنه غصب ^(١١) هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بعصيه منه ، كملت الشهادة ، وحكم بها ؛ لأنه يجوز أن يكون العصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به ، فلم يحتلف الفعل ، وكملت الشهادة ، كما لو شهدا في وقتين على إقراره بالعصب . / وقال القاضي : لا تكمل الشهادة ، ولا يحكم بها . وهو قول الشافعي ؛ لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد . وهذا ينطّل بالشهادة على إقرارين ؛ فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر ، إذا كانا في وقتين مختلفين ، ولأنه إذا أمكن جعل الشهادة على واحد ، لم تحتمل على اثنين ، كالإقرارين ، وكما لو شهد بالعصب اثنان ، وشهد على الإقرار به اثنان . وإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد ، أو أنه أقر بعصيه منه ، وشهد الآخر أنه ملك زيد ^(١٢) ، لم تكمل شهادتهما ؛ لأنهما لم يشهدا على شيء واحد . وإن شهد أنه أخذه من يده ، ألزمه الحاكم

(١٠) في م زيادة : : الواحد .

(١١) في م : : غصب .

(١٢) في الأصل : : لزيد .

رَدَّهٖ إِلَى يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ ، فَتَرَدُّ إِلَى يَدِهِ ، لِتَكُونَ دَلَالَتُهَا^(١٣) ثَابِتَةً لَهُ . قَالَ مُهَنَّاتٌ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ رَجُلٍ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ ، وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ ، شَهِدَ أَحَدُهُمَا^(١٤) أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ لِفُلَانٍ ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ دَارُ فُلَانٍ^(١٥) . قَالَ : شَهِدَا تَهُمَا جَائِزَةً .

فصل : وَمَنْ شَهِدَ بِالنِّكَاحِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ شُرُوطِهِ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي شُرُوطِهِ ، فَيَجِبُ ذِكْرُهَا ، لِقَوْلِهِ يَكُونُ الشَّاهِدُ يَعْتَقِدُ أَنَّ^(١٦) النِّكَاحَ صَحِيحٌ^(١٧) ، وَهُوَ فَاسِدٌ . وَإِنْ شَهِدَ بِعَقْدِ سِوَاهُ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ ، فَهَلْ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُشْتَرَطُ ذِكْرُهَا ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي شُرُوطِهِ ، فَاشْتِرَاطُ ذِكْرِهَا كَالنِّكَاحِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهَا فِي الدَّعْوَى ، فَكَذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ بِهِ^(١٨) ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالرِّضَاعِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَنَّهُ شَرِبَ مِنْ ثَدْيِهَا ، أَوْ مِنْ لَبَنِ حَلِيبٍ مِنْهُ ، وَعَدَدِ الرِّضَاعَاتِ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي عَدَدِ الرِّضَاعَاتِ ، وَفِي الرِّضَاعِ^(١٩) الْمَحْرَمِ . وَإِنْ شَهِدَ أَنَّهُ ابْتَنَاهَا مِنَ الرِّضَاعِ ، لَمْ يَكْفِ ؛ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِيمَا يَصِيرُ بِهِ ابْنَهَا ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالْقَتْلِ ، / فَلَا بُدَّ مِنْ وَصْفِ الْقَتْلِ ، فَيَقُولُ : جَرَحَهُ فَقَتَلَهُ ، أَوْ ضَرَبَهُ بِكَذَا فَقَتَلَهُ . وَلَوْ ١١٣/١١

قَالَ : ضَرَبَهُ فَمَاتَ . لَمْ يُحْكَمْ بِذَلِكَ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَاتَ بِغَيْرِ هَذَا . وَقَدْ رُوِيَ عَنْ شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ شَهِدَ عِنْدَهُ رَجُلٌ ، فَقَالَ : أَشْهَدُ أَنَّهُ اتَّكَأَ عَلَيْهِ بِمِرْقَةٍ ، فَمَاتَ . فَقَالَ لَهُ شُرَيْحٌ : فَمَاتَ مِنْهُ ، أَوْ فَقَتَلَهُ ؟ فَأَعَادَ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ ، وَأَعَادَ عَلَيْهِ^(٢٠) شُرَيْحٌ سُؤَالَهُ ، فَلَمْ يَقُلْ :

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « دَلَالَتُهَا » .

(١٤) فِي ب زِيَادَةً : « أَشْهَدُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « لِفُلَانٍ » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(١٧) فِي ب : « صَحِيحًا » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فَقَتَّلَهُ . وَلَا : فَمَاتَ مِنْهُ . فَقَالَ لَهُ شَرِيحٌ : قُمْ ، فَلَا شَهَادَةَ لَكَ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(١٩) . وَمَنْ شَهِدَ بِالزُّنَى ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الزَّانِي ، وَالْمَزْنِيَّيَا ، وَمَكَانِ الزُّنَى ، وَصِفَتِهِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الزُّنَى يُطْلَقُ عَلَى مَا لَا يُوجِبُ الْحَدَّ ، وَقَدْ يُعْتَقَدُ الشَّاهِدُ مَا لَيْسَ بِزُنَى زُنًى ، فَاعْتَبِرْ ذِكْرَ صِفَتِهِ ؛ لِيُزَوَّلَ الْاِخْتِمَالُ ، وَاعْتَبِرْ ذِكْرَ الْمَرْأَةِ ؛ لِئَلَّا تَكُونَ مِمَّنْ تُحِلُّ لَهُ ، أَوْ لَهُ فِي وَطْئِهَا شُبُهَةٌ ، وَذِكْرُ الْمَكَانِ ؛ لِئَلَّا تَكُونَ الشَّهَادَةُ مِنْهُمْ عَلَى فَعْلَيْنِ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يُحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْمَزْنِيَّيَا ، وَلَا ذِكْرِ الْمَكَانِ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لِلْفِعْلِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ ذِكْرُهُ ، كَالزَّامَانِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالسَّرْقَةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ سَرْقَةِ نِصَابٍ مِنَ الْجَزْرِ ، وَذِكْرِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ ، وَصِفَةِ السَّرْقَةِ . وَإِنْ شَهِدَ بِالْقَذْفِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْمُقَذَّوفِ ، وَصِفَةِ الْقَذْفِ . وَإِنْ شَهِدَ بِمَالٍ ، اخْتِجَاجٌ إِلَى تَخْرِيبِهِ بِمِثْلِ مَا ذَكَرْنَا فِي الدَّعْوَى . وَإِنْ تَرَكَ الشَّاهِدُ ذِكْرَ شَيْءٍ يُحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ ، سَأَلَهُ الْحَاكِمُ عَنْهُ ، كَمَا سَأَلَ شَرِيحٌ الشَّاهِدَ الَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ أَنَّهُ اتَّكَأَ عَلَيْهِ بِمِرْفَقِهِ حَتَّى مَاتَ . وَإِنْ حَرَّرَ الْمُدْعَى دَعْوَاهُ ، أَوْ حَرَّرَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ شَهَادَتَهُ ، وَشَهِدَ بِهَا ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ بِمِثْلِ ذَلِكَ . أَوْ قَالَ حِينَ حَرَّرَ الْمُدْعَى دَعْوَاهُ : أَشْهَدُ بِذَلِكَ ، أَوْ بِهِذَا . أَجْزَأُهُ .

١٩١٧ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَوْ جَاءَ أَرْبَعَةٌ مُتَّفِقُونَ ، وَالْحَاكِمُ جَالِسٌ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ ، لَمْ يَقُمْ قَبْلَ شَهَادَتِهِمْ . وَإِنْ جَاءَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ أَنْ قَامَ الْحَاكِمُ ، كَانُوا قَدْ فُتِّقُوا ، وَعَلَيْهِمُ الْحَدُّ)

هذه المسألة قد ذكرناها في كتاب الحدود ^(٢٠) ، بما أغنى عن إعادتها ههنا .

١٩١٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ حُكِمَ بِشَهَادَتَيْهِمَا بِجُرْحٍ أَوْ قَتْلِ / ، ثُمَّ رَجَعَا ، فَقَالَا : عَمَدْنَا ، انْقَصَّ مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَا : أَضْطَأْنَا . غَرِمَا الدِّيَةَ ، أَوْ أَرْضَ الْجُرْحِ) وَجَمَلَةُ الْأَمْرِ أَنَّ الشُّهُودَ إِذَا رَجَعُوا عَنْ شَهَادَتِهِمْ بَعْدَ أَدَائِهَا ، لَمْ يُحْلَلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛

(١٩) تقدم ترجمته ، في : صفحة ٧٠ .

(٢٠) تقدم في : ٣٦٥/١٢ .

أحبُّها ، أن يَرَجِعُوا قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا ، فلا يجوزُ الحكمُ بها . في قولِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ .
وَحُكِيَ عَنْ أَبِي ثَوْرٍ ، أَنَّهُ شَدَّ عَنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَقَالَ : يُحْكَمُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ قَدْ أُدِّيتْ ،
فَلَا تَبْطُلُ بِرُجُوعِ مَنْ شَهِدَ بِهَا ، كَالْوَرَجْعَا بَعْدَ الْحُكْمِ . وَهَذَا إِبَاسِيْدٌ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطُ
الْحُكْمِ ، فَإِذَا زَالَتْ قَبْلَهُ ، لَمْ يَجْزُ ، كَالْوَفَسْقَا ؛ وَلَئِنْ رَجِعَا بَعْدَ الظُّهْرِ بِكَذِبِهِمَا ، فَلَمْ
يَجْزِ الْحُكْمُ بِهَا ، كَالْوَشْهَدَا بِقَتْلِ رَجُلٍ ، ثُمَّ عَلِمَ حَيَاتُهُ ، وَلَئِنْ زَالَ ظَنُّهُ فِي أَنْ مَا شَهِدَ بِهِ
حَقٌّ ، فَلَمْ يَجْزِ لَهُ الْحُكْمُ بِهِ ، كَالْوَتَغْيَرِ اجْتِهَادُهُ ، وَفَارَقَ مَا بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَإِنَّهُ ثُمَّ
بَشْرُطُهُ ^(١) ؛ وَلَئِنَّ الشُّكَّ لَا يُزِيلُ مَا حُكِمَ بِهِ ، كَالْوَتَغْيَرِ اجْتِهَادُهُ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ يَرَجِعَا
بَعْدَ الْحُكْمِ وَقَبْلَ الْاسْتِيفَاءِ ، فَيَنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُحْكَمُ بِهِ عُقُوبَةً ، كَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ ، لَمْ
يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الْحُدُودَ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَرُجُوعُهُمَا مِنْ أَكْثَرِ الشُّبُهَاتِ ، وَلَئِنْ
الْمُحْكَمُ بِهِ عُقُوبَةً ، وَلَمْ ^(٢) يَبْقَ ظَنٌّ ^(٣) اسْتِحْقَاقِهَا ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى جَبْرِهَا ، فَلَمْ يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهَا ^(٤) ،
كَالْوَرَجْعَا قَبْلَ الْحُكْمِ . وَفَارَقَ الْمَالُ ؛ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ جَبْرَهُ ، بِإِلْزَامِ الشَّاهِدَيْنِ عَوَضَهُ ،
وَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ لَا يَنْجَبِرُ بِإِجَابِ مِثْلِهِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِجَبْرِ ، وَلَا يَحْصُلُ
لِمَنْ وَجِبَ لَهُ مِنْهُ عَوَضٌ ، وَإِنَّمَا شَرَعُ لِلزَّجْرِ وَالتَّشْفِي وَالْإِتْقَامِ ، لَا لِلجَبْرِ . فَإِنْ قِيلَ :
فَقَدْ قُلْتُمْ : إِنَّهُ إِذَا حُكِمَ بِالْقِصَاصِ ، ثُمَّ فَسَقَ الشَّاهِدَانِ ، اسْتَوْفَى . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .
قُلْنَا : الرَّجُوعُ أَكْثَرُ فِي الشُّبُهَةِ مِنْ طَرَايِ الْفِسْقِ ؛ لِأَنَّهُمَا يُقْرَأَنَّ أَنْ شَهِدْتُمَا زُورٌ ،
وَأَنْتُمَا كَانَا فَاسِقَيْنِ حِينَ شَهِدَا ، وَحِينَ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، وَهَذَا الَّذِي طَرَأَ فَسَقُهُ
لَا يَتَحَقَّقُ كَوْنُ / شَهَادَتِهِ كَذِبًا ، وَلَا أَنَّهُ كَانَ فَاسِقًا حِينَ أُدِّيتِ الشَّهَادَةُ ، وَلَا حِينَ الْحُكْمِ
بِهَا ، وَلِهَذَا الْوَفَسَقُ بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، وَالرَّاجِعَانِ تَلَزَمَتْهُمَا غَرَامَةٌ مَا شَهِدَا بِهِ ،
فَافْتَرَقَا . وَإِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ مَالًا ، اسْتَوْفَى ، وَلَمْ يَنْقُضِ الْحُكْمُ ^(٥) . فِي قَوْلِ أَهْلِ الْفُتَيَانِ
عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ . وَحُكِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، أَنَّهُمَا قَالَا : يَنْقُضُ
الْحُكْمُ ، وَإِنْ اسْتَوْفَى الْحَقُّ ؛ ^(٦) (لِأَنَّ الْحَقَّ) ثَبَتَ بِشَهَادَتِهِمَا ، فَإِذَا رَجِعَا ، زَالَ مَا ثَبَتَ بِهِ

(١) في ١ : بشروطه .

(٢-٢) ل ، ب : يتوطن . تحريف . و د م : يتعين .

(٣) ل ب : استيفاءه .

(٤) في ب ، م : حكمه .

(٥-٥) سقط من : ب ، م . نقل نظر .

الحكم، فَيُقَضُّ الحكم، كما لو تَبَيَّنَ أنَّهما كانا كافِرَيْنِ. ولنا، أنَّ حَقَّ المشهود له وَجِبَ له، فلا يَسْقُطُ بقوليهما، كما لو ادَّعياه لَأَنْفُسِهِمَا، يُحَقِّقُ هذا أنَّ حَقَّ الإنسان لا يَزُولُ إِلَّا بَيِّنَةً أو إقراره^(٦)، ورجوعهما ليس بشهادة، ولهذا لا يَفْتَقِرُ إلى لفظ الشهادة، ولا هو إقرار من صاحب الحق. وفارق ما إذا تَبَيَّنَ أنَّهما كانا كافِرَيْنِ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لم يَوْجَدْ شرطُ الحكم، وهو شهادة العَدُول، وفي مسألتنا لم يَتَبَيَّنْ ذلك؛ لِجَوَازِ^(٧) أن يكونا عَدْلَيْنِ صَادِقَيْنِ في شهادتهما، وإنَّما كَذَبَا في رُجُوعِهما، ويُفَارِقُ العُقوبات، حيث لا تُسْتَوْفَى^(٨)؛ لأنَّها^(٩) تُنْذَرُ بالشُّبُهَات. الحال الثالث، أن يَرْتَجِعَا بَعْدَ الاِسْتِيفاء؛ فَإِنَّهُ لا يَبْطُلُ الحكم، ولا يَزُمُ المشهود له شيء، سواء كان المشهود به مَالًا أو عَقُوبَةً؛ لِأَنَّ الحكم قد تَمَّ بِاسْتِيفاءِ المَحْكُومِ به، وَوُصُولِ الحقِّ إلى مُسْتَحَقِّهِ، وَرَجْعُ به على الشَّاهِدَيْنِ، ثم يَنْظَرُ؛ فَإِنْ كان المشهود به إِثْلَاقًا في مِثْلِهِ الْقِصَاصُ، كالقَتْلِ وَالْجَرْجِ^(١٠)، نَظَرْنَا في رُجُوعِهما، فَإِنْ قالَا: عَمَدْنَا الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بِالزُّورِ؛ لَيُقْتَلَ أو يَقْطَعَ. فعليهما الْقِصَاصُ. وبهذا قال ابنُ شَيْبَةَ، وابنُ أَبِي لَيْلى، والأَوْزَاعِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ، وأبو عُبَيْدٍ. وقال أصحابُ الرَّأْيِ: لا قَوَّةَ عَلَيْهِمَا؛ لأنَّهما لم يَبْياشِرا الإِثْلَافَ، فَأَشْبَهَا حَافِرَ الْبَيْرِ، وَنَاصِبَ السُّكَّينِ، إِذَا تَلَفَ بِهِمَا شَيْءٌ. ولنا، أَنَّ عَلِيًّا، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، شَهِدَ عَنْهُ رَجُلَانِ على رجلٍ بالسَّرِقَةِ، فَقَطَعَهُ، ثم عادا، فقالا: أَخْطَأْنَا، ليس هذا هو السَّارِقُ. فقال / علي: لو عَلِمْتُ أَنَّكُمَا تَعْمَدُني، لَقَطَعْتُكُمَا^(١١). ولَا مَخَالَفَ لَهُ فِي الصُّحَايَةِ، فيكون إجماعًا، ولأنَّهما تَسَبَّبَا إلى قَتْلِهِ أو قَطْعِهِ، بما يُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، فَلَزِمَهُمَا الْقِصَاصُ، كَالْمَكْرُوهِ، وفارقَ الحَفَرَ وَنَصَبَ السُّكَّينِ، فَإِنَّهُ لا يُفْضِي إلى الْقَتْلِ غَالِبًا. وقد ذكرنا هذه المسألةَ فِي الْقِصَاصِ^(١٢). فأما إِنْ قالَا: عَمَدْنَا الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ، ولم^(١٣) نَعْلَمْ أَنَّهُ يُقْتَلُ بهذا.

١١٤/١١ ط

(٦) في م: إقرار.

(٧) في أ م: يجوز.

(٨) في الأصل: يستوفى.

(٩) في م: فإنها.

(١٠) في أ: والجراح.

(١١) تقدم تحريمه، في ١١/٤٥٦.

(١٢) انظر ما تقدم في ١١/٤٥٥، ٤٥٦.

(١٣) في م: ولا.

وكانا ممن يجوز أن يجهل^(١٤) ذلك ، وجبت الذية في أموالهما معلطة ؛ لأنه شبه عند ، ولم تحمله العاقلة ؛ لأنه ثبت باعترافهما ، والعاقلة لا تحيل اعترافاً . وإن قال أحدهما : عمدت قتله . وقال الآخر : أخطأت . فعلى العامد نصف ذية معلطة ، وعلى الآخر نصف ذية مخففة ، ولا قصاص ، في الصحيح من المذهب ؛ لأنه قتل عند وخطأ . وإن قال كل واحد منهما : عمدت ، وأخطأ صاحبي . احتمل أن يجب القصاص عليهما ؛ لا اعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه . واحتمل وجوب الذية ؛ لأن كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخاطباً ، وهذا لا يوجب القصاص ، والإنسان إنما يؤخذ بإقراره ، لا بإقرار غيره . فعلى هذا ، تجب عليهما ذية معلطة . وإن قال أحدهما : عمدنا جميعاً . وقال الآخر : عمدت ، وأخطأ صاحبي . فعلى الأول القصاص ، وفي الثاني وجهان ، كالتي قبلها . وإن قالوا جميعاً : أخطأنا معاً^(١٥) . فعليهما الذية مخففة في أموالهما ؛ لأن العاقلة لا تحيل الاعتراف . وإن قال أحدهما : عمدنا معاً . وقال الآخر : أخطأنا معاً . فعلى الأول القصاص ، وعلى الثاني نصف ذية مخففة ؛ لأن كل واحد منهما إنما يؤخذ بحكم إقراره . وإن قال كل واحد منهما : عمدت ، ولا أذرى ما فعل صاحبي . فعليهما القصاص ؛ لإقرار كل واحد منهما بالعمد . ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص ؛ لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد ، لم يجب عليه قصاص ، وإنما يؤخذ الإنسان بإقراره ، لا بإقرار صاحبه . وإن قال أحدهما : عمدت ، ولا أذرى ما قصد صاحبي . سئل صاحبه ، فإن^(١٦) قال : عمدت ، ولا أذرى ما قصد صاحبي . فهي كالتي قبلها . وإن قال : عمدنا معاً^(١٧) . فعليه القصاص ، وفي الأول وجهان . وإن قال : أخطأت ، أو أخطأنا . فلا قصاص على واحد منهما . / وإن جهل حال الآخر ، بأن ١١٥/١١ يُجن ، أو يموت ، أو لا يُقدَر عليه ، فلا قصاص على المقر ، وعليه نصيبه من الذية المعلطة .

(١٤) ق م : يجهل .

(١٥) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٦) سقط من : أ ، م .

(١٧) ق م ، ب : فإذا .

(١٨) سقط من : الأصل ، أ ، م .

فصل : وإن رجع أحد الشاهدين وحده ، فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما ، في أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما ، إذا كان رجوعه ^(١) قبل الحكم ، وفي أنه لا يستوفى العقوبة إذا رجع ^(٢) قبل استيفائهما ؛ لأن الشرط يخل برجوعه ، كاختلاله برجوعهما . وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء ، لزمه حكم إقراره وحده ، فإن أقر بما يوجب القصاص ، وجب عليه ، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة ، وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ ، وجب عليه نصيبه من الدية المخففة . وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية ، أو القصاص ، ونحوه ، ^(٣) مما يثبت ^(٤) بشاهدين ، أو أكثر من أربعة ، فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء ^(٥) ، لم يمتنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء ؛ لأن ما بقي من البيّنة كاف في إثبات الحكم واستيفائه . وإن رجع بعد الاستيفاء ، فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه ، أو قسطه من الدية ، أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك . وفي ذلك اختلاف سنذكره ، إن شاء الله تعالى .

١٩١٩ — مسألة : قال : (وإن كانت شهادتهما بمال ، غرماء ، ولم يرجع به على المحكوم له به ، سواء كان المال قائماً أو تالفاً)

أما كونه لا يرجع به ^(٦) على المحكوم له ^(٧) به ، فلا تعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، سوى ما حكيناه عن سعيد بن المسيّب ، والأوزاعي ، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى ^(٨) . فأما الرجوع به على / الشاهدين ، فهو قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، ^{١١٥/١١} ظ ١١٥/١١ . فأما الرجوع به على / الشاهدين ، فهو قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، وأصحاب الرأي ، وهو قول الشافعي القديم ، وقال في الجديد : لا يرجع عليهما بشيء ، إلا أن يشهدا بعقبي عبيد ، فيضمننا قيمته ؛ لأنه لم يوجد منهما إثلاق للمال ، ولا يد عادية عليه ، فلم يضمننا ، كما لو رُدَّتْ شهادتهما . ولنا ، أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق ، وحالاً

(١٩-١٩) سقط من : ١ .

(٢٠-٢٠) في ١ ، ب ، م ، ن : فثبت .

(٢١) في الأصل : أو الاستيفاء .

(١) سقط من : ١ .

(٢) تقدم في : صفحة ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

بينه وبينه ، فلزِمهما الضمان ، كما لو شهدا بعقده ، ولأنهما أزالا يد السيد عن عيده بشهادتهما المرجوع عنها ، فأشبه^(١) ما لو شهدا بحرثته ؛ ولأنهما تسببا إلى إثلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه ، فلزِمهما الضمان ، كشاهدي القصاص . يُحقق هذا ، أنه إذا ألزمهما القصاص الذي يُدْرَأ بالشبهات ، فوجوب المال أولى . وقولهم : إنهما ما أتلّفا المال . يتطلّل بما إذا شهدا بعقده ، فإن الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور ، وإنما حالا بين سيده وبينه ، وفي موضع إثلاف المال ، فهما تسببا إلى تلّفه ، فيلزِمهما ضمان ما تلّف بسببهما ، كشاهدي القصاص ، وشهود الزنى ، وحافر البئر ، وناصب السكين .

١٩٢٠ - مسألة : قال : (وَإِنْ كَانَ الْمَحْكُومُ بِهِ عَبْدًا أَوْ أَمَةً ، غَرِمَا قِيَمَتَهُ)

أما إذا شهدا بالعبد أو الأمة لغير مالِكهما^(٢) ، فالحكم في ذلك كالحكم في الشهادة بالمال ، على ما ذكرنا من الخلاف فيه ؛ لأنهما^(٣) من جملة المال . وإن شهدا بحرثتهما ، ثم رجعا عن الشهادة ، لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما ، بغير خلاف بينهم فيه ، فإن المخالف في التي قبلها هو الشافعي ، وقد وافق هُنا ، وهو حجة عليه فيما خالف فيه ، فإن إخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحرثته ، كما إخراجها عنها بالشهادة بغير مالِكه ، فإذا لزمه الضمان ثم ، لزمه هُنا ، وغرما القيمة ؛ لأن العبد^(٤) من المتقومات^(٥) ، لا من ذوات الأثالث .

فصل : وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به ، فحكم الحاكم بالفرقة ، ثم رجعا عن

الشهادة ، وكان / قبل الدخول ، فالواجب عليهما نصف المسمى . وهذا قال أبو ١١٦/١١ حنيفة . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : يجب مهر المثل ؛ لأنهما أتلّفا عليه البضع ،

(٣) في الأصل : غأشبا .

(١) في ١ ، ب ، م : مالكة .

(٢) في ١ ، م : لأنها .

(٣) في ب ، م : العبد .

(٤) في الأصل : المقومات .

فلزمهما عوضه، وهو مهر الجثل. وفي القول الآخر، يلزمهما^(٥) نصف مهر الجثل؛ لأنه إنما ملك نصف البضع، بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر. ولنا، أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم؛ بدليل ما لو أخرجته من ملكه برديتها، أو إسلامها، أو قتلها نفسها، فإنها لا تضمن شيئا. ولو فسخت نكاحها قبل الدخول، برضا من ينفسخ به نكاحها، لم يقرم شيئا، وإنما يجب^(٦) عليهما^(٧) نصف المسمى؛ لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما، وقرراه عليه،^(٨) فرجع عليهما^(٩)، كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضا أو غيره. وقوله: إنه ملك نصف البضع. غير صحيح؛ فإن البضع لا يجوز تمليك^(١٠) نصفه، ولأن العقد ورد على جميعه، والصداق واجب جميعه، ولهذا تمليك المرأة إذا قبضته، ونماؤها، وتمليك طلبه إذا لم يقبضه، وإنما يسقط نصفه بالطلاق. وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول، فلا ضمان عليهما. وبه قال أبو حنيفة^(١١). وعن أحمد، رواية أخرى، عليهما ضمان المسمى في الصداق؛ لأنهما فوتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض، فكان عليهما ضمان ما وجب به، كما لو شهدا بذلك قبل الدخول^(١٢). وقال الشافعي: يلزمهما له مهر الجثل؛ لأنهما أثلنا البضع عليه. وقد سبق الكلام معه في هذا، ولا يصح القياس على ما قبل الدخول؛ لأنهما قررا عليه نصف المسمى، وكان يعرض^(١٣) السقوط، وههنا قد تقرر المهر كله^(١٤) بالدخول، فلم يقررا عليه شيئا ولم يخرجاه عن^(١٥) ملكه متقوما، فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها، أو أخرجته هي برديتها.

(٥) في ب، م: لزيمهما.

(٦) في م: وجب.

(٧) سقط من: أ.

(٨-٩) سقط من: الأصل، أ، ب.

(٩) في أ: أن يملك.

(١٠-١١) ورد هذا في الأصل، بعد قوله: وبهذا قال أبو حنيفة. السابق في أول الفصل.

(١١) في ب: يعرض. وفي م: يعرض.

(١٢) سقط من: م.

(١٣) في أ، ب، م: من.

فصل : وإن شهدا على امرأة بنكاح ، فحكم به الحاكم ، ثم رجعا ، نظرت ؛ فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها ، لم يغرما شيئا ؛ لأنهما لم يعفوتا عليها شيئا . وإن دخل / ١١٦/١١ ظ بها ، وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل ، أو أكثر منه ، ووصل إليها ، فلا شيء عليهما ؛ لأنهما أخذت عوض ما فوتهما عليها ، وإن كان دونه ، فعليهما ما بينهما ، وإن لم يصل إليها ^(١٤) ، فعليهما ضمان مهر مثلها ؛ لأنه عوض ما فوتهما عليها .

فصل : وإن شهدا بكتابة عتيده ، ثم رجعا ، نظرت ؛ فإن عجز ، ورد في الرق ، فلا شيء عليهما . وإن أدى ، وعتق ، فعليهما ضمان جميعه ؛ لأنهما فوتهما عليه بشهادتهما ، ويحتج بأن يلزمهما ما بين قيمته وما قبضته من كتابته . والأول أولى ؛ لأن ما قبضته من كسب عتيده ، فلا يخسب عليه ، وإن أراد تعريضهما ^(١٥) قبل انكشاف الحال ؛ فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها . وإن عتقت بموته ، رجعت الورثة بما بقي من قيمتها .

فصل : وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، فإنه ^(١٦) يورع بينهم على عذبه ، قلوا أو كثروا . قال أحمد ، في رواية إسحاق بن منصور : إذا شهد بشهادة ، ثم رجع وقد أثلف مالا ، فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة ، فإن كانوا اثنين ، فعليه ^(١٧) النصف ، وإن كانوا ثلاثة ، فعليه ^(١٧) الثلث . وعلى هذا لو كانوا عشرة ، فعليه العشر ، وسواء رجع وحده ، أو رجعوا جميعا ، وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة ، أو من ليس بزائد ، فلو شهد أربعة بالقصاص ، فرجع واحد منهم ، وقال : عمدنا قتله . فعليه القصاص . وإن قال : أخطأنا فعليه ربع الدية . وإن رجع اثنان ، فعليهما القصاص أو نصف الدية . وإن شهد ستة بالزنى على محصن ، فرجع بشهادتهم ، ثم رجع واحد ، فعليه القصاص ، أو سدس الدية . وإن رجع اثنان ، فعليهما القصاص أو ثلث الدية . وهذا قال أبو عبيد . وقال أبو حنيفة : إن رجع واحد أو اثنان ، فلا شيء عليهما ؛ لأن بينة

(١٤) في ١ ، ب ، م : : إليها .

(١٥) في ١ ، م ، نهادة : : بشهادتهما ويحصل أن يلزمهما . تكرار .

(١٦) في م : : وجب أن .

(١٧-١٧) سقط من ١ : . نقل نظر .

الرُّبِّي / قائمة ، فَدَمُهُ غَيْرُ مَحْقُوقٍ . وَإِنْ رَجَعَ ثَلَاثَةً ، فَعَلَيْهِمْ رُبْعُ الدِّنْيَةِ . وَإِنْ رَجَعَ أَرْبَعَةً ، فَعَلَيْهِمْ نِصْفُ الدِّنْيَةِ . وَإِنْ رَجَعَ خَمْسَةً ، فَعَلَيْهِمْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا . وَإِنْ رَجَعَ سِتَّةً ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سُدُسُهَا . وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ فِيمَا إِذَا رَجَعَ اثْنَانِ ، كَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِيمَا إِذَا شَهِدَ بِالْقِصَاصِ ثَلَاثَةً ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ ، فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ ^(١٨) : لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْقِصَاصِ قَائِمَةٌ ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّنْيَةِ ؟ عَلَى وَجْهِينِ . وَقَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ ^(١٩) : عَلَيْهِ الْقِصَاصُ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّاجِعِ مِنْ شَهْوَ الرُّبِّي إِذَا كَانَ زَائِدًا ، بِأَنَّ ^(٢٠) دَمَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِالرُّبِّي غَيْرُ مَحْقُوقٍ ، وَهَذَا دَمُهُ مَحْقُوقٌ . وَإِنَّمَا يَبِيحُ دَمُهُ لَوْلَى الْقِصَاصِ وَحْدَهُ . وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا شَهِدَ بِالْمَالِ ثَلَاثَةً ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ ، عَلَى وَجْهِينِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنُ الثَّلَاثَ . وَالثَّانِي ، لَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِتْلَافَ حَصَلَ بِشَهَادَتِهِمْ ، فَالرَّاجِعُ مُقَرَّرٌ بِالمُشَارَكَةِ فِيهِ عَمْدًا عُدْوَانًا لَمَنْ هُوَ مِثْلُهُ فِي ذَلِكَ ، فَلَزِمَتْهُ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِمُشَارَكَتِهِمْ فِي مُبَاشَرَةِ قَتْلِهِ ، وَلَئِنْ أَحَدٌ مِنْ قَتْلِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِ ، فَاشْتَبَهَ الثَّانِي مِنْ شَهْوَ الْقِصَاصِ ، وَالرَّابِعُ مِنْ شَهْوَ الرُّبِّي ، وَلَئِنْ أَحَدٌ مِنْ حَصَلَ الْإِتْلَافَ بِشَهَادَتِهِ ، فَلَزِمَتْهُ مِنَ الضَّمَانِ بِقِسْطِهِ ، كَمَا لَوْ رَجَعَ الْجَمِيعُ ، وَلَئِنْ مَا تَضَمَّنَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْ أَتْفَاقِهِمْ عَلَى الرَّجُوعِ ، يَضْمَنُهُ إِذَا انْفَرَدَ بِالرَّجُوعِ ، كَالْوُكُوفِ أَرْبَعَةً . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ دَمَهُ غَيْرُ مَحْقُوقٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا قُتِلَ ، وَلَمْ يَتَّقِ لَهُ دَمٌ يُوصَفُ بِحَقِّهِ وَلَا عَدَمِهِ ، وَقيامُ الشَّهَادَةِ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ لِرَجُلٍ بِاسْتِحْقَاقِ الْقِصَاصِ ، فَاسْتَوْفَاهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِأَنَّهُ قَتَلَهُ ظُلْمًا ، وَأَنَّ الشُّهُودَ ^(٢١) شُهُودُ زُورٍ ^(٢٢) . وَالتَّفْرِيقُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالرَّجِيمِ بِكَوْنِ دَمِ الْقَاتِلِ غَيْرِ مَحْقُوقٍ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْقُوقٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ قَتَلَهُ ، وَلَئِنْ كُلُّ / وَاحِدٍ مُوَأَخَذَ بِأَقْرَارِهِ . وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُ شَرِيكِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ أَقَرَّ

(١٨) أَيْ : الشَّارِزِيُّ ، إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ يُونُسَ ، أَحَدُ كِبَارِ الْفُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ ، وَصَاحِبُ التَّصَانِيفِ ، تَوَفَّى سَنَةَ سِتٍّ وَسَبْعِينَ وَأَرْبَعِمِائَةٍ . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَّةِ الْكُبْرَى ٢١٥/٤ - ٢٥٦ .

(١٩) أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ ، ابْنُ الْحَدَّادِ ، الْمَصْرِيُّ ، الشَّافِعِيُّ الْإِسْلَامِيَّ ، تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ وَثَلَاثِمِائَةٍ . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَّةِ الْكُبْرَى ٢٩١/٣ - ٩٨ .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، أَمْ ، وَ : فَإِنْ .

(٢١-٢٢) فِي ب ، أَمْ ، : : شَهِدُوا بِالزُّورِ .

أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِعَمْدِهِمَا ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَخْطَأْنَا . وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْمُقِرِّ بِالْعَمْدِ .

فصل : وإذا حكمَ الحاكمُ في المالِ بشهادة رجلٍ وامرأتين ، ثم رجعا عن الشهادة ، تَوَزَّعَ الضَّمَانُ عليهما ، على الرجلِ نصفه ، وعلى كلِّ امرأةٍ ربعه . وإن رجعا أحدهم وخذَه ، فعليه من الضمانِ حصته . وإن كان الشَّهَدُورُ رجلًا وعشر نسوة ، فرجعوا ، فعلى الرجلِ السُّدُسُ ، وعلى كلِّ امرأةٍ نصفُ السُّدُسِ . وهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافعي ؛ لأنَّ كلَّ امرأتين كرجلٍ ، فالعشرُ كخمسةِ رجالٍ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَجِبَ عليهنَّ النِّصْفُ ، وعلى الرجلِ النِّصْفُ . وهذا قال أبو يوسف ، ومحمدٌ ؛ لأنَّ الرجلَ نصفُ البَيِّنَةِ ، بدليل أنَّه لو رَجَعَ وَخَذَهُ بعدَ الحُكْمِ ، كان كرجوعهنَّ كلَّهنَّ ، فيكون الرجلُ جزئًا والنساءُ جزئًا . فإن رَجَعَ بعضُ النسوةِ وَخَذَهُ ، أو الرجلُ ، فعلى الرَّاجِعِ مثلُ ما عليه إذا رَجَعَ الجميعُ . وعند أبي حنيفة وأصحابه ، متى رَجَعَ من النسوةِ ما زادَ على اثنتين ، فليس على الرَّاجِعَاتِ شيءٌ ، وقد مضى الكلامُ معهنَّ^(٢٢) في هذا .

فصل : وإذا شهد أربعةٌ بأربعِ عَمَائَةٍ ، فحكمَ الحاكمُ بها ، ثم رَجَعَ واحدٌ عن مائةٍ ، وآخَرُ عن مائتين ، والثالثُ عن ثلاثِ مائةٍ ، والرابعُ عن أربعِ مائةٍ ، فعلى كلِّ واحدٍ ممَّا رَجَعَ عنه بِقِسْطِهِ ؛ فعلى الأولِ خمسةٌ وعشرون ، وعلى الثاني خمسون ، وعلى الثالثِ : خمسةٌ وسبعون ، وعلى الرابعِ : مائةٌ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم مُقِرٌّ بأنَّه قَوَّتْ على المشهودِ عليه ربعَ ما رَجَعَ عنه . ويقتضى مذهبُ أبي حنيفة ، أن لا يُلْزَمَ الرَّاجِعُ عن الثلاثِ مائةِ والأربعِ مائةِ أكثرُ من خمسينَ وخمسينَ^(٢٣) ؛ لأنَّ المائتين التي رجعا عنهما قد بَقِيَ بها شاهِدَانِ .

فصل : وإذا شهد أربعةٌ بالزُّنَى ، واثنانِ بالإحصانِ ، فُرِجِمَ ، ثم رَجَعُوا عن / الشهادة ، فالضَّمَانُ على جميعِهِم . وقال أبو حنيفة : لا ضَمَانُ على شَهِودِ الإحصانِ ؛ لأنَّهم شَهِدُوا بالشرطِ دونَ السَّبَبِ المُوجِبِ للقتلِ ، وإنَّما يَثْبُتُ ذلكُ بشهادةِ الزُّنَى . ولأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كالمَذْهَبَيْنِ . ولنا ، أن قتلَه حصلَ بمجموعِ الشَّهادَتَيْنِ ، فتجبُ العَرامةُ على الجميعِ ، كما لو شَهِدُوا جميعُهُم بالزُّنَى . وفي

(٢٢) في م : منهم .

(٢٣) في م زيادة : لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة .

كَيْفِيَّةَ الضَّمَانِ وَجِهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُؤَزَّغُ عَلَيْهِمْ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ ، كَشُهُودِ الزَّرْنِيِّ ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ مِنْ جَمِيعِهِمْ . وَالثَّانِي ، عَلَى شُهُودِ الزَّرْنِيِّ النُّصْفُ ، وَعَلَى شُهُودِ الْإِخْصَانِ النُّصْفُ ؛ لِأَنَّهُمْ ^(٢٤) حِزْبَانِ ، فَلِكُلِّ حِزْبٍ نِصْفٌ . فَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةُ بِالزَّرْنِيِّ ، وَشَهِدَ ^(٢٥) اثْنَانِ مِنْهُمَا بِالْإِخْصَانِ ، ثُمَّ رَجَعُوا ، فَعَلِيَ الْوَجْهِ الْأَوَّلُ ، عَلَى شَاهِدِي الْإِخْصَانِ الثَّلَاثَيْنِ ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ الثَّلَاثُ ؛ لِأَنَّ عَلَى شَاهِدِي الْإِخْصَانِ الثَّلَاثُ ، لَشَهَادَتِهِمَا بِهِ ، وَالثَّلَاثُ لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّرْنِيِّ ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ الثَّلَاثُ ؛ لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّرْنِيِّ وَحْدَهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، عَلَى شُهُودِ الْإِخْصَانِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِمَا النُّصْفَ لَشَهَادَتِهِمَا بِالْإِخْصَانِ ، وَنِصْفَ الْبَاقِي لَشَهَادَتِهِمَا بِالزَّرْنِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى شَاهِدِي الْإِخْصَانِ إِلَّا النُّصْفُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَنَى جِنَايَتَيْنِ ، وَجَنَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ جَنَايَةً وَاحِدَةً ، فَكَانَتْ الدِّيَّةُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ ، لَا عَلَى عَدَدِ جِنَايَاتِهِمْ ، كَمَا لَوْ قُتِلَ اثْنَانِ وَاحِدًا ، جَرَّحَهُ أَحَدُهُمَا جُرْحًا ، وَالْآخَرُ جُرْحَيْنِ .

فصل : وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ عَلَى ضَمَانٍ مِائَةِ دَرَاهِمٍ ، وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ مِائَتَانِ ، فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، ثُمَّ رَجَعَا ، رَجَعَ السَّيِّدُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِمِائَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَمَامُ الْقِيَمَةِ . وَكَذَلِكَ إِنْ ^(٢٦) شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ^(٢٧) قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى مِائَةِ ، وَنِصْفُ الْمُسَمَّى مِائَتَانِ ، غَرِمَا لِلزَّوْجِ مِائَةٌ ؛ لِأَنَّهُمَا قَوَّيَا بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعَ عَنْهَا .

فصل : وَإِذَا ^(٢٨) شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ بِنِكَاحٍ / امْرَأَةٍ ، بِصَدَاقٍ ذَكَرَاهُ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ بِدُخُولِهِ بِهَا ، ثُمَّ رَجَعُوا بَعْدَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِصَدَاقِهَا ، فَعَلِيَ شُهُودُ النِّكَاحِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُمْ أَلْزَمُوهُ الْمُسَمَّى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِمُ النُّصْفُ ، وَعَلَى الْآخَرَيْنِ النُّصْفُ ؛ لِأَنَّهُمَا قَرَّرَاهُ ، وَشَاهِدَا النِّكَاحِ أَوْجَبَاهُ ، فَفَقِسِمَ بَيْنَ الْأَرْبَعَةِ أَرْبَاعًا . وَإِنْ شَهِدَ مَعَ هَذَا شَاهِدَانِ بِالطَّلَاقِ ، لَمْ يَلْزَمُهُمَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَقَوَّيَا عَلَيْهِ شَيْئًا يَدَّعِيهِ ، وَلَا أَوْجَبَا عَلَيْهِ مَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وَاجِبًا .

(٢٤) ق ١ : د : لأَنَّهُمَا .

(٢٥) سقط : د : شَهِدَ ٤ من : م .

(٢٦) ق ١ ب ، م ، د : لَوْ .

(٢٧) ق ١ م : د : زَوْجَتَهُ .

(٢٨) ق ١ أ ، ب ، د : وَإِنْ .

فصل: وإذا^(٢٩) شهد شاهدان فرج على شاهدتي أصل، فحكم الحاكم بشهادتهما، ثم رجع شاهد الفرع، فعليهما الضمان. لا أعلم بينهم في ذلك خلافاً. وإن رجع شاهد الأصل وخدما، لزمهما الضمان أيضاً. وبه قال الشافعي، ومحمد بن الحسن. وحكى أبو الخطاب، عن القاضي، أنه لا ضمان عليهما. وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف؛ لأن الحكم تعلق بشهادة شاهدي الفرع، بدليل أنهما جعلتا شهادة شاهدي الأصل شهادة، لم يلزم شاهدي الأصل^(٣٠) ضمان، لعدم تعلق الحكم بشهادتهما. ولنا، أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الأصل^(٣١)؛ بدليل اعتبار عدليهما، فإذا رجعا، ضمننا، كشاهدي الفرع.

فصل: وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين، فرجع الشاهد، غرم جميع المال. نص عليه أحمد، في رواية جماعة. وقال مالك، والشافعي: يلزمه النصف؛ لأنه أحد حجتني الدعوى، فكان عليه^(٣٢) النصف كالأول شاهدين. ولنا، أن الشاهد حجة الدعوى، فكان الضمان عليه^(٣٣) كالشاهدين. يُحققه أن اليمين قول الخصم، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه، وإنما هو شرط الحكم، فجرى مجرى مطالبة الحاكم بالحكم، وبهذا ينفصل عما ذكره. ولو سلمنا أنها حجة، لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد، ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته، بخلاف شهادة الشاهد الآخر. / قال أبو الخطاب: ١١٩/١١ ويتخرج أن لا يلزمه إلا نصف^(٣٤) المحكوم به، إذا قلنا: ترد اليمين على المدعى.

فصل: وإذا رجعا عن الشهادة بعد الحكم، وقالوا: عَمَدْنَا. ووجب عليهم القصاص، لم يعزروا^(٣٥)؛ لأن القصاص يُغني عن تعزيرهم. وإن كان في مالي، عزروا، وعزروا؛ لأنهم جنوا جناية كبيرة، وارتكبوا جريمة عظيمة، وهي شهادة الزور. ويحتمل

(٢٩) في ١، ب: : وإن .

(٣٠-٣١) سقط من: الأصل. نقل نظر .

(٣١-٣٢) سقط من: ١. نقل نظر. ومكانه فيها: : الضمان .

(٣٢) في ١، ب، م: : النصف .

(٣٣) في ١، ب، م: : يعزروا .

أَنْ لَا يُعْزَرُوا ؛ لِأَنَّ رَجُوعَهُمْ ثَبَوتُهُ مِنْهُمْ ، فَيَسْقُطُ عَنْهُمْ التَّعْزِيرُ ، وَلِأَنَّ شَرْعِيَّةَ تَعْزِيرِهِمْ تَمْنَعُهُم
الرَّجُوعَ خَوْفًا مِنْهُ ، فَلَا يُشْرَعُ . وَإِنْ قَالُوا : أَخْطَأْنَا . لَمْ يُعْزَرُوا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ :
﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (٣٤) . هَذَا إِنْ كَانَ
قَوْلُهُمْ يَحْتَمِلُ الصَّدَقَ فِي الْخَطَا ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْهُ (٣٥) ، عُزِّرُوا ، وَلَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُمْ .

١٩٢١ - مسألة : (وَإِذَا قُطِعَ الْحَاكِمُ يَدُ السَّارِقِ ، بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ، ثُمَّ
بَانَ أَلْهُمَا كَافِرَانِ ، أَوْ فَاسِقَانِ ، كَانَتْ دِيَّةُ الْيَدِ فِي بَيْتِ الْمَالِ)

وجعلته أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا حَكَّمَ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ، فِي قَطْعِ أَوْ قَتْلِ ، وَأَتَمَّ ذَلِكَ ، ثُمَّ بَانَ
أَنْهُمَا كَافِرَانِ ، أَوْ فَاسِقَانِ ، أَوْ عَبْدَانِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنْهُمَا
مُؤَيَّمَانِ عَلَى أَنْهُمَا صَادِقَانِ فِيمَا شَهِدَا بِهِ ، وَإِنَّمَا الشَّرْعُ مَنَعَ قَبُولَ شَهَادَتِهِمَا ، بِخِلَافِ
الرَّاجِعَيْنِ عَنِ الشَّهَادَةِ ، فَإِنَّهُمَا اعْتَرَفَا بِكَذِبِهِمَا ، وَبِحَبْطِ الضَّمَانِ عَلَى الْحَاكِمِ ، أَوْ الْإِمَامِ
الَّذِي تَوَلَّى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حَكَّمَ بِشَهَادَةِ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ ، وَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ مُخْطِئٌ ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ ، وَفِي مَحَلِّهَا رَوَاتَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ
لِلْمُسْلِمِينَ وَوَكِيلُهُمْ ، وَخَطَا الْوَكِيلُ فِي حَقِّ مَوْكَلِهِ عَلَيْهِ ؛ وَلِأَنَّ خَطَا الْحَاكِمِ يَكْثُرُ ،
لِكَثْرَةِ (١) تَصَرُّفَاتِهِ وَحُكُومَاتِهِ ، فَإِجَابُ ضَمَانٍ مَا يَحْطِئُ فِيهِ عَلَى عَاقِلَتِهِ إِجْحَاقُ بِهِمْ ،
فَاقْتَضَى ذَلِكَ التَّخْفِيفَ عَنْهُ ، بِجَعْلِهِ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَلِهَذَا / الْمَعْنَى حَمَلَتْ الْعَاقِلَةُ دِيَّةَ
الْخَطَا عَنْ الْقَاتِلِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، هِيَ عَلَى عَاقِلَتِهِ مُحَقَّقَةٌ مُوجَلَّةٌ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ امْرَأَةً
ذُكِرَتْ عِنْدَ عَمْرِئِ بَسُوءٍ ، فَأُرْسِلَ إِلَيْهَا ، فَأَجْهَضَتْ ذَاتَ بَطْنِهَا ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عَمْرٌ ، فَشَاوَرَ
الصَّحَابَةَ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا شَيْءَ عَلَيْكَ ، إِنَّمَا أَنْتَ مُؤَدَّبٌ . وَقَالَ عَلِيٌّ : عَلَيْكَ
الدِّيَّةُ . فَقَالَ عَمْرٌ : عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَا تَبْرَحَ حَتَّى تُنْقَسِمَ عَلَيَّ قَوْمُكَ (٢) . يَعْنِي قَرِيشًا ؛

(٣٤) سورة الأحزاب ٥ .

(٣٥) في ب : ٥ : يحتمل .

(١) في الأصل : ٥ : بكثرة .

(٢) تقدم ترجمته ، في : ٣٥ / ١٢ .

لأنهم^(٣) عاقلةٌ عمر^(٤) ، ولو كانت في بيت المال ، لم يُقسَمَها على قَوْمِهِ ، ولأنه من خَطَاؤه ، فتحَمِلُهُ عاقِلته . كخَطَاؤه في غير الحُكُومَةِ . وللشافعي قولان ، كالروايين . فإذا قلنا : إن الدَّيَّةَ على عاقِلته . لم تُحْمَلْ إِلَّا الثَّلَثُ فصاعداً ، ولا تُحْمَلُ الكُفَّارة ؛ لأنَّ العاقلة لا تُحْمَلُ الكُفَّارة في محلِّ الوفاق ، كذا هُنا ، وتكون الكُفَّارة في ماله . وإذا قلنا : إنه في بيت المال . فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير ؛ لأنَّ جعله في بيت المال لعلَّ أنه نائب عنهم ، وخطأُ النَّائب على مُسْتَنبِيهِ ، وهذا يدخل فيه^(٥) القليل والكثير ، ولكونه^(٦) يكثرُ خَطْؤُهُ ، فجعل الضَّمانَ في ماله يُجْحِفُ به وإن قلَّ ، لكثرة تَكَرُّره ، وسواءً تولَّى الحاكم الاستيفاء بنفسه ، أو أمرَ مَنْ تولَّاه . قال أصحابنا : وإن كان الوليُّ استوفاه ، فهو كالمو استوفاه الحاكم ؛ لأنَّ الحاكم سَلَطَهُ على ذلك ، ومكَّنه منه ، والوليُّ يدَّعي أنه حقُّه . فإن قيل : فإذا كان الوليُّ استوفى حقَّه ، فينبغي أن يكون الضَّمانُ عليه ، كالمو حكم له بمال فقَبَضَهُ ، ثم بان فسقُ الشَّهود^(٧) ، كان الضَّمانُ على المُستوفى دون الحاكم ، كذا هُنا . قلنا : ثمَّ حصل في يد المُستوفى مالُ المحكوم عليه بغير حقٍّ ، فوجب عليه ردُّه أو ضَمَانُهُ إن تَلَفَ^(٨) ، وهُنا لم يحصل في يده شيء ، وإنما أتلف شيئاً بخطأ الإمام وتسلُّطه عليه ، فافترقا .

فصل : وإن شهد بالزَّنى أربعة ، فزكَّاهم اثنان ، فرُجِمَ / المشهودُ عليه ، ثم بان أنَّ الشَّهودَ فسقةٌ ، أو عبيدٌ ، أو بعضُهم ، فلا ضَمَانَ على الشَّهودِ ؛ لأنَّهم يزعمون أنَّهم مُحِقُّون ، ولم يُعلَمْ كذبُهم يَقِيناً ، والضَّمانُ على المُزَكَّين . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال القاضي : الضَّمانُ على الحاكم ؛ لأنه حَكَمَ بِقَتْلِهِ من غير تَحْقِيقٍ شرطه . ولا ضمانَ على المُزَكَّين ؛ لأنَّ شهادتهما شرطٌ ، وليست المُوجِبَةُ . وقال أبو الحطَّاب ، في «رُءُوسِ المسائل» : الضَّمانُ على الشَّهودِ الذين شهدوا بالزَّنى . ولنا ، أنَّ المُزَكَّينَ شهدوا بالزَّور شهادةً أَفْضَلَتْ إلى قَتْلِهِ ، فَلَزِمَهُما الضَّمانُ ، كشَّهودِ الزَّنى إذا

(٣-٣) في الأصل : عاقلة .

(٤-٤) ق م : عيما .

(٥) ق م : شهوده .

(٦) ق ب ، م : أتلف .

رجعوا ، ولا ضمان على الحاكم ؛ لأنه أتمكن إحالة الضمان على الشهود ، فأشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة . وقوله : إن شهادتهم شرط . لا يصح ؛ لأن من أصلنا أن شهود الإحصان يلزمهم الضمان ، وإن لم يشهدوا بالسبب . وقد نص عليه أحمد . وقول أبي الخطاب لا يصح ؛ لأن شهود الزنى لم يرجعوا ، ولا علم كذبهم ، بخلاف المزكّين ؛ فإنه تبين كذبهم ، وأنتهم شهدوا بالزور . وأما إن تبين فسق المزكّين ، فالضمان على الحاكم ؛ لأن التفريط منه ، حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث ، فليزمه الضمان ، كما لو قبل شهادة شهود الزنى من غير تزكية ، ثم تبين فسقهم .

فصل : ولو جلد الإمام إنسانا بشهادة شهود ، ثم بان أنهم فسقة ، أو كفرة ، أو عبيد ، فعلى الإمام ضمان ما حصل من أثر^(٧) الضرب . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه . ولنا ، أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام ، فكانت مضمونة عليه ، كما لو قطع أو قتله .

فصل : ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ، ثم بان أنهما فاسقان ، أو كافران ، فإن الإمام يتنقض حكمه ، ويرد المال / إن كان قائما ، وعوضه إن كان تالفا . فإن تعدد ذلك لإعساره أو غيره ، فعلى الحاكم ضمانه ، ثم يرجع على المشهود له . وعن أحمد ، رواية أخرى ، لا يتنقض حكمه إذا كانا فاسقين ، ويغرم الشهود المال ، وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ، ففيه الروايتان^(٨) . واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا . ولا خلاف بين الجميع في أنه يتنقض حكمه إذا كانا كافرين ، ويتنقض حكمه غيره إذا ثبت عنه أنه حكم بشهادة كافرين ، فتقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين ، فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردّها ، وقد نص الله تعالى على التبيين فيها ، فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾^(٩) . وأمر

ط ١٢٠/١١

(٧) سقط من : ب .

(٨) في ب ، م : ٥ : روايتان . بعده في ب ، م زيادة : ٥ : ولا يغرم الشهود المال وكذلك الحاكم إذا شهد . خطأ وتكرار .

(٩) سورة الحجرات ٦ .

بإشهاد العدول . وقال سبحانه : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾^(١٠) . واعتبر الرضى بالشهاداء ، فقال تعالى : ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾^(١١) . فيجب نقض الحكم لغوات العدالة ، كما يجب نقضه لغوات الإسلام ؛ ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه ، فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم ، وجب نقض الحكم ، كالكفر والرق في العقوبات . إذا ثبت هذا ، فإن أبا حنيفة قال : لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدني ، لا قبل الحكم ولا بعده . ومتى جرح المشهود عليه^(١٢) البيئة ، لم تسمع بيئته بالفسق ، ولكن يسأل عن الشاهدني ، ولا تسمع على الفسق شهادة ؛ لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد ، فلا تسمع فيه الدعوى والبيئة . ولنا ، أنه معنى يتعلق بالحكم به ، فسمعت فيه الدعوى والبيئة ، كالتزكية . وقوله : لا يتعلق به حق أحد . ممنوع ؛ فإن المشهود عليه يتعلق بحقه بفسقه^(١٣) في منع الحكم عليه قبل الحكم ، ونقضه بعده ، وثبته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق ، فوجب أن تسمع فيه / الدعوى^(١٤) والبيئة ، كما لو ادعى رقب الشاهد^(١٥) ولم يدعه لنفسه ؛ ولأنه إذا لم تسمع البيئة بالفسق^(١٦) ، أدى إلى ظلم المشهود عليه ؛ لأنه يمكن أن لا يعرف فسق الشاهدني إلا بشهود المشهود عليه ، فإذا لم تسمع شهادتهم ، وحكم عليه بشهادة الفاسقين ، كان ظالمه . فأمّا إن قامت البيئة أنه حكم بشهادة الدين ، أو ولدين ، أو عدوين ، نظر^(١٧) في الحاكم الذي حكم بشهادتهما ، فإن كان ممن يرى الحكم به ، لم ينقض حكمه ؛ لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ، ولم يخالف نصاً ولا إجماعاً . وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهما ، نقضه ؛ لأن الحاكم به يعتقد بطلانه . والفرق بين المال والإثلاف ، أن المال إن كان باقياً ، وجب رده إلى صاحبه ؛ لأن كل واحد أحق بماله . وإن كان تالفاً ،

(١٠) سورة الطلاق ٢ .

(١١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٢) في الأصل زيادة : دعا .

(١٣) في ١ : بنفسه .

(١٤) في م : الشاهدين .

(١٥) في م : الفسق .

(١٦) في م : نظراً .

وَجَبَ ضَمَانُهُ عَلَى آخِذِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ، وَلَا اسْتِحْقَاقٍ لِأَخْذِهِ . أَمَّا
 الْإِثْلَافُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ ^(١٧) فِي يَدِ الْمُتَلِفِ شَيْءٌ يَرُدُّهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَضْمِينَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَلْفَهُ
 بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَتَسْلِيطِهِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ لَا يَقْرُءُ بَعْدَوَانَهُ ، بَلْ يَقُولُ : اسْتَوْكَيْتُ حَقِّي . وَلَمْ
 يَثْبُتْ خِلَافٌ دَعَاوَاهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَضْمِينَ الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ : شَهِدْنَا بِمَا عَلَّمْنَا ،
 وَأُخْبِرْنَا بِمَا رَأَيْنَا وَسَمِعْنَا ، وَلَمْ نَكُنْ شَهَادَةَ اللَّهِ تَعَالَى الَّتِي لَزِمْنَا أَدَاؤَهَا . وَلَمْ يَثْبُتْ كِبْدُهُمْ ،
 فَوَجَبَ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ حَكَمَ مِنْ غَيْرِ وُجُودِ شَرْطِ الْحُكْمِ ، وَمَكَّنَ مِنْ
 إِثْلَافِ الْمُعْصُومِ مِنْ غَيْرِ بَحْثٍ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ ، فَكَانَ التَّفْرِيطُ مِنْهُ ، فَوَجَبَ إِحَالَةُ ^(١٨)
 الضَّمَانِ عَلَيْهِ .

١٩٢٢ - مسألة : قال : (وَإِذَا ادَّعَى الْعَبْدُ أَنْ سَيِّدَهُ اغْتَفَقَهُ ، خَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ،
 وَصَارَ حُرًّا)

رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي هَذَا رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ الْعَتَقَ يَثْبُتُ ^(١) بِشَاهِدٍ
 وَوَعِيٍّ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ ، فَيَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَوَعِيٍّ ، / كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ،
 وَلِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لِلْمَالِ ، فَيُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدٌ وَوَعِيٌّ ، كَالْإِثْلَافِ بِالْفِعْلِ ، وَإِفْضَاؤُهُ إِلَى تَكْمِيلِ
 الْأَحْكَامِ ، لَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ بِشَاهِدٍ وَوَعِيٍّ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْوِلَادَةَ تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَيَتَّبَعِي
 عَلَيْهَا النَّسَبُ الَّذِي لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِنَّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا تَثْبُتُ الْحُرِّيَّةُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ
 عَدْلَيْنِ ذَكَرَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهَا الْمَالُ ، وَيُطْلَعُ عَلَيْهَا الرِّجَالُ فِي غَالِبِ
 الْأَحْوَالِ ، فَأُشْبِهَتْ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٢٣ - مسألة : قال : (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةِ زُورٍ ، أَدَبٌ ، وَأَقِيمَ لِلنَّاسِ فِي
 الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَشْتَهَرُ ^(١) أَنَّهُ شَاهِدُ زُورٍ ، إِذَا تَحَقَّقَ تَعَمُّدُهُ لِذَلِكَ)

(١٧) في ب ، م ، زيادة : به .

(١٨) سقط من : ب .

(١) في الأصل ، ب ، م : ثبت .

(١) في الأصل : بشهر .

وجملة ذلك أن الشهادة الزور من أكبر الكبائر ، قد نهى الله تعالى عنها في كتابه ، مع نهيه عن الأوثان ، فقال تعالى : ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ ^(١) .
وروى عن حريم بن فاتك ، أن النبي ﷺ قال : « عَدَلْتُ شَهَادَةَ الزُّورِ الْإِشْرَاقَ بِاللَّهِ » .
ثلاث مرات . ثم تلا قوله تعالى : ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ .
رواه أبو داود ^(٢) . وروى هذا عن ابن مسعود ، من قوله . وروى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « أَلَا أُتَيْتُمْ بِأَكْبَرِ الْكِبَائِرِ ؟ » . قلنا : بلى يا رسول الله . قال : « الْإِشْرَاقُ بِاللَّهِ وَغُفُوقُ الْوَالِدَيْنِ » . وَكَانَ مَتَكِّئًا فَجَلَسَ ، فقال : « أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ ، وَشَهَادَةُ الزُّورِ » . فما زال يُكرِّرها حتى قلنا : لَيْتَهُ سَكَتَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وروى أبو حنيفة ، عن مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ ، عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « شَاهِدُ الزُّورِ ، لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى تَجِبَ لَهُ النَّارُ » ^(٤) . فمُتَى ثَبْتُ عِنْدَ الْحَاكِمِ عَنْ رَجُلٍ أَنَّهُ شَهِدَ بِزُورٍ غَمَدًا ، عَزْرَهُ ، وَشَهَرَهُ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٥) . وَبِهِ يَقُولُ شُرَيْحٌ ، وَالْقَاسِمُ / بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَسَلَامُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي ١٢٢/١١
لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَعَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ يَعْلَى ^(٦) قَاضِي الْبَصْرَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُعَزَّرُ ، وَلَا يُشْهَرُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُنْكَرٌ وَزُورٌ ، فَلَا يُعَزَّرُ بِهِ ، كَالظَّهَارِ . وَرَوَى عَنْهُ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يُشْهَرُ . وَأَنْكَرَهُ الْمُتَأَخِّرُونَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلٌ مُحَرَّمٌ يَضُرُّ بِهِ النَّاسَ ، فَأَوْجَبَ الْعُقُوبَةَ عَلَى قَائِلِهِ ، كَالسَّبِّ وَالْقَذْفِ ، وَيُخَالِفُ الظَّهَارَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِضَرِّهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ أَوْجَبَ كَفَّارَةَ شَاقَّةٍ هِيَ أَشَدُّ مِنَ التَّعْزِيرِ ، وَلَئِنْ قَوْلُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلَمْ

(٢) سورة الحج ٣٠ .

(٣) في : باب في شهادة الزور ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٤/٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في شهادة الزور ، من أبواب الشهادات . عارضة الأحوذي ١٧٣/٩ ،

١٧٤ ، ١٧٥ . وابن ماجه : في : باب شهادة الزور ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٤/٢ . والإمام أحمد ،

في : المسند ١٧٨/٤ ، ٢٣٣ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : صفحة ١٥١ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥٢ .

(٦) أخرجه وكيع ، عن شريح ، في : أخبار القضاة ٣٠٩/٢ .

(٧) عبد الملك بن يعلى الليثي ، قاضي البصرة ، روى عن النبي ﷺ مرسلًا ، توفي بعد المائة بسنوات . تهذيب التهذيب

٤٣٠ ، ٤٢٩/٦ .

تعرّف له في الصحابة مخالفاً. وإذا ثبت هذا، فإن تأديبه غير مقدور، وإنما هو موقوض إلى رأي الحاكم^(٨)؛ إن رأى ذلك بالجلد جلده، وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه، فعل ذلك، ولا يزيد في جلده على عشر جلدات. وقال الشافعي: لا يزيد على تسع وثلاثين، لئلا يبلغ به أذن الحُدود. وقال ابن أبي ليلى: يُجلد خمسة وسبعين سوطاً. وهو أحد قولَي أبي يوسف. وقال الأوزاعي، في شاهدَي الطلاق: يُجلدان مائة مائة، ويُغمران الصداق. ولنا، قول النبي ﷺ: «لا يُجلد أحد فوق عشر جلدات، إلا في حدٍّ من حُدود الله تعالى». مُتَّفَقٌ عليه^(٩). وقال القاسم، وسالم: يُحْفَقُ سَبْعَ خَفَقَاتٍ. وقال شريح: يُجلد أسواطاً^(١٠). فأما شهرته بين الناس، فإنه يُوقَفُ في سوقه^(١١) إن كان من أهل السوق، أو قبيلته إن كان من أهل القبائل، أو في مسجده إن كان من أهل المساجد، ويقول الموكل به: إن الحاكم يقرأ عليكم السلام، ويقول: هذا شاهد زور، فاغرفوه. وهذا مذهب الشافعي. وأتى الوليد بن عبد الملك بشاهد زور^(١٢)، فأمر بقطع لسانه، وعنده / القاسم وسالم، فقالا: سبحان الله، بحسبه^(١٣) أن يُحْفَقَ^(١٤) سَبْعَ خَفَقَاتٍ، ويُقام بعد العصر، فيقال: هذا أبو قبيس، وجدناه شاهد زور. ففعل ذلك^(١٥) به. ولا يُسْحَمُ وجهه، ولا يُركَبُ، ولا يُكَلَّفُ أن يُنادى على نفسه. وقد روى عن عمر، رضي الله عنه، أنه يُجلد أربعين جلدة، ويُسْحَمُ وجهه، ويُطال حبسه. رواه الإمام أحمد^(١٦). وقال سوار: يُلبَّبُ^(١٧)، ويُدار به على

(٨) في ب: الإمام.

(٩) تقدم ترجمته، في: ٥٢٤/١٢.

(١٠) أخبار القضاة ٣٠٩/٢.

(١١) في م: سوق.

(١٢) في أ، ب، م: الزور.

(١٣) سقط من: أ.

(١٤) سقط من: م.

(١٥) سقط من: م.

(١٦) وأخرجه البيهقي، في: باب ما يفعل بشاهد الزور، من كتاب آداب القاضي. السنن الكبرى ١٤٢/١٠. وعبد

الرزاق، في: باب عقوبة شاهد الزور، من كتاب الشهادات. المصنف ٣٢٦/٨، ٣٢٧. ولم نجده في: المسند.

(١٧) يُلبَّب: أي تجميع ثيابه عند غمره وبجر بها.

حَلَقِ الْمَسْجِدَ ، فيقول : مَنْ رَأَى فَلَا يَشْهَدْ بَزُورٍ . وَرَوَى عَنْ^(١٨) عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ يَعْلَى ، قَاضِي الْبَصْرَةِ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِحَلْقِ نَصِيفِ رُءُوسِهِمْ ، وَتَسْخِيمِ وُجُوهِهِمْ ، وَطُفَافِ بِهِمْ فِي الْأَسْوَاقِ ، وَالَّذِي^(١٩) شَهِدُوا لَهُ مَعَهُمْ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُثَلَّةٌ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ الْمُثَلَّةِ^(٢٠) . وَمَا رَوَى عَنْ عَمْرِو ، فَقَدْ رَوَى عَنْهُ خِلَافُهُ ، وَأَنَّهُ حَبَسَهُ يَوْمًا وَخَلَّى سَبِيلَهُ . وَفِي الْجُمْلَةِ لَيْسَ فِي هَذَا تَقْدِيرٌ شَرْعِيٌّ ، فَمَا فَعَلَ الْحَاكِمُ مِمَّا رَأَاهُ^(٢١) ، مَا لَمْ يُخْرِجْ إِلَى مُخَالَفَةِ نَصٍّ أَوْ مَعْنَى نَصٍّ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَا يُفَعَّلُ بِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ^(٢٢) حَتَّى يُحَقِّقَ أَنَّهُ شَاهِدٌ زَوْرٍ ، وَيَتَعَمَّدَ ذَلِكَ ، إِمَّا بِإِقْرَارِهِ^(٢٣) ، أَوْ يَشْهَدُ عَلَى رَجُلٍ بِفَعْلٍ فِي الشَّامِ فِي وَقْتٍ ، وَيُعْلَمُ أَنَّ الْمُشْهُودَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ فِي الْعِرَاقِ ، أَوْ يَشْهَدُ بِقَتْلِ رَجُلٍ ، وَهُوَ حَيٌّ ، أَوْ أَنَّ هَذِهِ الْبَيْهَمَةَ فِي يَدِهِ هَذَا مُنْذُ ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ ، وَسِيقَ أَقْلُ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ يَشْهَدُ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ فَعَلَ شَيْئًا فِي وَقْتٍ ، وَقَدَمَاتٍ قَبْلَ ذَلِكَ الْوَقْتِ ، أَوْ لَمْ يُولَدْ إِلَّا بَعْدَهُ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا يَتَّقِيَنَّ بِهِ كَيْدَهُ ، وَيُعْلَمُ تَعَمُّدُهُ لَذَلِكَ . فَمَا تَعَارَضَ الْبَيِّنَتَيْنِ ، أَوْ ظَهَرَ فُسْطَقُهُ ، أَوْ غَلَطُهُ فِي شَهَادَتِهِ ، فَلَا يُؤَدَّبُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْفُسْطَقَ لَا يَمْنَعُ الصَّدَقَ ، وَالتَّعَارُضُ لَا يُعْلَمُ بِهِ كَيْدٌ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ بَعَيْنِهَا ، وَالْغَلَطُ قَدْ يَغْرِضُ لِلصَّادِقِ الْعَدْلَ وَلَا يَتَعَمَّدُهُ ، فَيُعْفَى عَنْهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَيْسَ / عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾^(٢٤) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « عَفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَا ، وَالنَّسْيَانِ ، وَمَا اسْتَكَرَّ هُوَا عَلَيْهِ^(٢٥) » .

١٢٣/١١

فصل : ومتى علم أن الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا بِالزُّورِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الْحَكَمَ كَانَ بَاطِلًا ، وَلَزِمَ نَقْضُهُ ، لِأَنَّ تَائِيَّتَنَا كَيْدَهُمَا فِيمَا شَهِدَا بِهِ ، وَيُطْلَانُ مَا حَكَمَ بِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ الْحَكْمُ بِهِ مَا لَا ، رُدُّهُ إِلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ كَانَ إِثْلَافًا ، فَعَلَى الشَّاهِدَيْنِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا سَبَبُ إِثْلَافِهِ ، إِلَّا أَنْ

(١٨) سقط من : ١ .

(١٩) في الأصل ، ١ : ٢ : والذين .

(٢٠) تقدم ترجمته ، في : ١٠ / ٢٠٩ .

(٢١) في ب ، م : ٢ : براه .

(٢٢) في ب : ٥ : هذا .

(٢٣) في الأصل : ٥ : بإقرار .

(٢٤) سورة الأحزاب .

(٢٥) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . وتقدم ترجم الحديث ، في : ١٤٦/١ .

يُثْبِتُ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا مِنْ غَيْرِ مُوَافَقَةِ الْمُحْكَمِ لَهُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ رُجُوعًا مِنْهُمَا عَنْ شَهَادَتَيْهِمَا ، وَقَدْ بَيَّنَّا حُكْمَ ذَلِكَ .

فصل : فَإِذَا تَابَ شَاهِدُ الزُّورِ ، وَأُنْتُ عَلَى ذَلِكَ مُدَّةً تَظْهَرُ فِيهَا ثُبُوتُهُ ، وَتَبَيَّنَ صِدْقُهُ فِيهَا ، وَعَدَّ اللَّهُ ، قَبِلْتُ شَهَادَتَهُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤْمَنُ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَائِبٌ مِنْ ذَنْبِهِ ، فَقَبِلْتُ ثُبُوتَهُ ، كَسَائِرِ التَّائِبِينَ . وَقَوْلُهُ : لَا يُؤْمَنُ مِنْهُ ذَلِكَ . قُلْنَا : مُجَرَّدُ الْإِخْتِمَالِ لَا يَمْتَنِعُ قَبُولُ الشَّهَادَةِ ؛ بِدَلِيلِ سَائِرِ التَّائِبِينَ ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مِنْهُمْ مُعَاوَدَةُ ذُنُوبِهِمْ وَلَا غَيْرُهَا ، وَشَهَادَتُهُمْ مَقْبُولَةٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٢٤ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا غَيَّرَ الْعَدْلُ شَهَادَتَهُ بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ ، فَرَادَ فِيهَا أَوْ نَقَصَ ، قَبِلَتْ مِنْهُ ، مَا لَمْ يَحْكَمْ بِشَهَادَتِهِ)

وهذا مثل أن يشهد بيمينه ، ثم يقول : هي مائة وخمسون . أو يقول : بل هي تسعون . فَإِنَّهُ يُقْبَلُ مِنْهُ رُجُوعُهُ ، وَيُحْكَمُ بِمَا شَهِدَ بِهِ آخِرًا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ حَبِيبٍ الْمُحَارِبِيُّ ^(١) ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ الْأُولَى وَلَا الْآخِرَةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُرَدُّ الْأُخْرَى وَتُعَارِضُهَا ، وَلِأَنَّ الْأُولَى مَرْجُوعٌ عَنْهَا ، وَالثَّانِيَةُ غَيْرُ مَوْثُوقٍ بِهَا ، لِأَنَّهَا مِنْ مَقَرٍّ يَغْلُطُهُ وَخَطِيئَةٍ / فِي شَهَادَتِهِ ، فَلَا يُؤْمَنُ أَنْ يَكُونَ فِي الْغَلْطِ كَالْأُولَى . وَقَالَ مَالِكٌ : يُؤْخَذُ بِأَوَّلِ ^(٢) قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى الشَّهَادَةَ وَهُوَ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْهَا ، كَمَا لَوْ اتَّصَلَ بِهَا الْحُكْمُ . وَلَنَا ، أَنَّ شَهَادَتَهُ الْآخِرَةَ شَهَادَةٌ ^(٣) مِنْ عَدْلٍ غَيْرِ مُتَّهِمٍ ، لَمْ يَرْجَعْ عَنْهَا ، فَوَجِبَ الْحُكْمُ بِهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَقَدَّمْهَا مَا يُخَالِفُهَا ، وَلَا تُعَارِضُهَا الْأُولَى ؛ لِأَنَّهَا قَدْ بَطَلَتْ بِرُجُوعِهِ عَنْهَا ، وَلَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا شَرْطُ الْحُكْمِ ، فَيُعْتَبَرُ اسْتِمْرَارُهَا إِلَى الْقَضَائِهِ ^(٤) . وَيُفَارِقُ رُجُوعُهُ بَعْدَ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ تَمَّ بِاسْتِمْرَارِ

(١) سليمان بن حبيب المحاربي ، قاضي دمشق ، إمام كبير القدر ، حكم بدمشق ثلاثين سنة ، توفي سنة ست وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٣٠٩/٥ .

(٢) في ١ ، ب ، م ، د : بأول .

(٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٤) في الأصل : انتقضائها .

شُرْطُهُ ، فَلَا يَنْقُضُ بَعْدَ تَمَامِهِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ قَبْلَ الْحُكْمِ : قَضَاهُ مِنْهُ ^(٥) خَمْسِمِائَةٍ . فَسَدَتْ شَهَادَتُهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، فَقَالَ : إِذَا شَهِدَ أَنَّ لَهُ ^(٦) عَلَيْهِ أَلْفًا ، ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا : قَضَاهُ ^(٧) مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ . بَطُلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ شَهِدَ بِأَنَّ الْأَلْفَ جَمِيعُهُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا قَضَاهُ خَمْسِمِائَةٍ ، لَمْ تَكُنِ الْأَلْفُ كُلُّهُ عَلَيْهِ ، فَيَكُونُ كَلَامُهُ مُتَنَاقِضًا ، فَتَفْسُدُ شَهَادَتُهُ . وَفَارَقَ هَذَا مَا لَوْ شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ : بَلْ بِخَمْسِمِائَةٍ . لِأَنَّ ذَلِكَ رَجُوعٌ عَنِ الشَّهَادَةِ بِخَمْسِمِائَةٍ ، وَإِقْرَارٌ بِعِلَاطِ نَفْسِهِ ، وَهَذَا لَا يَقُولُ هَذَا عَلَى سَبِيلِ الرَّجُوعِ . وَالْمُنْتَصِصُ عَنْ أَحَدٍ ، أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ بِخَمْسِمِائَةٍ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا شَهِدَ بِالْأَيْفِ ، ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ : قَضَاهُ مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ . أَفْسَدَ شَهَادَتَهُ ، وَلِلْمَشْهُودِ ^(٨) لَهُ مَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ خَمْسِمِائَةٍ . فَصَحَّحَ شَهَادَتَهُ فِي نِصْفِ الْأَلْفِ الْبَاقِي ، وَأَبْطَلَهَا فِي النِّصْفِ الَّذِي ذَكَرَ أَنَّهُ قَضَاهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : أَشْهَدُ بِالْأَيْفِ ، بَلْ بِخَمْسِمِائَةٍ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَوْ جَاءَ بَعْدَ هَذَا الْمَجْلِسِ ، فَقَالَ : أَشْهَدُ أَنَّهُ قَضَاهُ مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ . لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَمْنَى الشَّهَادَةَ . فَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ أَنَّهُ إِذَا جَاءَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَشَهِدَ بِالْقَضَاءِ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ / ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَ ^(٩) وَجَبَ بِشَهَادَتِهِمَا ، وَحُكْمُ الْحَاكِمِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِالْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَ أَنَّهُ أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، ثُمَّ قَالَ : قَضَاهُ مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ . قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ فِي بَاقِي الْأَلْفِ ، وَجَهَا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَاقُضَ فِي كَلَامِهِ ، وَلَا اخْتِلَافَ .

١٩٢٥ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدٌ بِالْأَيْفِ ، وَآخَرُ بِخَمْسِمِائَةٍ ، حُكِمَ لِمُدَّعَى الْأَلْفِ ، بِخَمْسِمِائَةٍ ، وَخَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ عَلَى الْخَمْسِمِائَةِ الْآخَرَى ، إِنْ أَحَبَّ)

(٥) فِي ١ ، م : ٥ مِائَةٌ .

(٦) سَقَطَ مِنْ م .

(٧) سَقَطَ مِنْ ١ .

(٨) فِي ب ، م : ٥ : وَلِلْمَشْهُودِ .

(٩) فِي ب ، م ، نَادَةً : ٥ وَقَدْ .

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء ، وشهد الآخر ببعضه ، صححت الشهادة ، وثبت ما اتفقا عليه ، وحكم به . وهذا قول شريح ، ومالك ، والشافعي ، وابن أبي ليلى ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبي عبيد . وحكى عن الشعبي ، أنه شهد عنده رجلان ؛ شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة ، وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين ، فقال : قد اختلفتا ، قوما . وحكى عن أبي حنيفة ، أنه إذا شهد شاهد أنه أقر باللف ، وشهد آخر أنه أقر باللفين ، لم تصح الشهادة ؛ لأن الإقرار بالآلف غير الإقرار بالآلفين ، ولم يشهد بكل إقرار^(١) . ولنا ، أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه ، فحكم به ، كالو لم يزد أحدهما على صاحبه . وما ذكره من أن كل إقرار إنما شهد^(٢) به واحد ، يطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر باللف غدوة ، وشهد الآخر أنه أقر باللف عشيا ، فإن الشهادة تكمل ، مع أن كل إقرار إنما شهد^(٣) به واحد . فأما ما انفرد به أحدهما ، فإن للمدعي أن يخلف معه ، ويستحق . وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين . وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة ، أو لم تختلف الأسباب والصفات . فأما إن اختلفت ، مثل أن يشهد شاهد باللف من قرض ، وشاهد بخمس مائة من ثمن مبيع ، أو يشهد^(٤) / شاهد باللف بيض ، وآخر بخمس مائة سود ، أو يشهد أحدهما^(٥) باللف دينار ، والآخر بخمس مائة درهم ، لم تكمل البيئة ، وكان له أن يخلف مع كل واحد منهما ويستحقها ، أو يخلف^(٦) مع أحدهما ويستحق ما شهد به .

فصل : فإن شهد له شاهدان باللف ، وشاهدان بخمس مائة ، ولم تختلف الأسباب والصفات ، دخلت الخمس مائة في الآلف ، وجب له بالشهادتين [ألف]^(٧) . وإن اختلفت الأسباب والصفات^(٨) ، وجب له الآلف والخمس مائة ، ولم يذجل أحدهما في

(١) ب ، م ، زيادة : إقرار .

(٢) أ ، م ، : يشهد .

(٣) ب ، م ، : وشهد .

(٤) أ ، م ، : شاهد .

(٥) م ، : ويخلف .

(٦) م ، : مائة خطأ . ولم يرد شيء في : الأصل ، أ ، ب . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في أ : أو الصفات .

الآخر ؛ لأتھما مختلفان .

فصل : وإن شھد له شاهد ، أنه باعہ هذا العبد بألف ، وشھد آخر ، أنه باعہ إياه بخمسمائة ، لم تكمل البيّنة ؛ لاختلافھما في صفة البيع ، وله أن يخلف مع أحدهما ، وثبت له ما خلف عليه . وإن شھد له بكل عقد شاهدان ، ثبت البيعان ، وإن أضافا البيع إلى وقت واحد ، مثل أن يشھد أنه باعہ هذا العبد مع الزوال بألف ، وشھد الآخر أنه باعہ إياه مع الزوال بخمسمائة ، تعارضت البيّتان ، وسقطتا ؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما ، وكل بيّنة تكذب الأخرى . وإن شھد بكل واحد من هذين شاهد واحد^(٨) ، كان له أن يخلف مع أحدهما ، ولا يتعارضان ؛ لأن التعارض إنما يكون بين البيّنتين الكاملتين .

فصل : وإن شھد أحدهما أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان ، وشھد آخر أن قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا عليه ، وهو درهمان ، وله أن يخلف مع الآخر على درهم ؛ لأتھما اتفقا على درهمين ، وانفرد أحدهما بدرهم^(٩) ، فأشبهه ما لو شھد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة . وإن شھد شاهدان أن قيمته درهمان ، وشاهدان أن قيمته ثلاثة ، ثبت له درهمان . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له ثلاثة ؛ لأنه قد شھد بها شاهدان ، ومما حجة ، فيجب الأخذ بهما ، كما / يؤخذ بالزيادة في الأخبار ، وكألو شھد له شاهدان بألف ، وشاهدان بألفين ، فإنه يجب له ألفان . قال القاضي : ويتوجه لنا مثل هذا ، بناء على مسألة الألف وخمسمائة . ولنا ، أن من شھد أن قيمته درهمان ، ينفي أن^(١٠) قيمته ثلاثة ، فقد تعارضت البيّتان في الدرهم ، ويخالف الزيادة في الأخبار ، فإن من يروى الناقص لا ينفي الزيادة ، وكذلك من شھد بألف ، لا ينفي أن عليه ألفا آخر . فإن قيل : فلم قلتم : إنه إذا شھد بكل واحد من القيمتين شاهدان ، تعارضتا ، وإن شھد واحد ، لم تعارض ، وكان له أن يخلف مع^(٨) الشاهد بالزيادة عليها . قلنا : لأن الشاهدين حجة وبينة ، فإذا كملت من

(٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : الأصل ، م .

(١٠) لم يناد : تكون .

الجانبيين ، تعارضتِ الحُجَّتَانِ ؛ لِتَعْدِرِ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، وَأَمَّا ^(١١) الشَّاهِدُ الْوَاحِدُ ، فَلَيْسَ بِحُجَّةٍ وَحْدَهُ ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً مَعَ الْيَمِينِ ، فَإِذَا حَلَفَ مَعَ أَحَدِهِمَا كَمَلَّتِ الْحُجَّةُ بِيَمِينِهِ ، وَلَمْ ^(١٢) يُعَارِضْهُمَا مَا لَيْسَ بِحُجَّةٍ ، كَالْوَشْهَدِ بِأَحَدِهِمَا شَاهِدَانِ ، وَبِالْآخَرِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ .

١٩٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى شَهَادَةَ عَدْلٍ ، فَأَلْكَرَ أَنْ تَكُونَ عَنْدهُ ، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَقَالَ : كُنْتُ أَلْسِيئَهَا . قُبِلَتْ مِنْهُ)

وجملة ذلك أَنَّ الْعَدْلَ إِذَا أَلْكَرَ أَنْ تَكُونَ عَنْدهُ شَهَادَةٌ ، ثُمَّ شَهِدَ بِهَا ، وَقَالَ : كُنْتُ أَلْسِيئَهَا . قُبِلَتْ ، وَلَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ . وَهَذَا قَالِ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَلَا أُغْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَسِيَهَا ، وَإِذَا كَانَ نَاسِيًا لَهَا ، فَلَا شَهَادَةَ عَنْدهُ ، فَلَا تُكَذِّبُهُ مَعَ إِمْكَانِ صِدْقِهِ . وَلَا يُشْبِهُ هَذَا ^(١٣) مَا إِذَا ^(١٤) قَالَ : لَا بَيِّنَةَ لِي . ثُمَّ أَتَى بِبَيِّنَةٍ ، حَيْثُ لَا تُسْمَعُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ بِعَدَمِ الْبَيِّنَةِ ، وَالْإِنْسَانُ يُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ ، وَقَوْلُ الشَّاهِدِ : لَا شَهَادَةَ عِنْدِي . لَيْسَ بِإِقْرَارٍ ؛ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ لَهُ ، إِنَّمَا هِيَ حَقٌّ عَلَيْهِ ، فَيَكُونُ مُنْكَرًا لَهَا ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِهَا ، كَانَ إِقْرَارًا بَعْدَ الْإِنْكَارِ ، وَهُوَ مَسْمُوعٌ ، بِخِلَافِ الْإِنْكَارِ بَعْدَ / الْإِقْرَارِ ^(١٥) ، وَلِأَنَّ النَّاسِيَ لِلشَّهَادَةِ ^(١٦) لَا شَهَادَةَ ^(١٧) لَهُ ^(١٨) ، عَنْدهُ ، فَهُوَ صَادِقٌ فِي إِنْكَارِهِ ، فَإِذَا ذَكَرَهَا ، صَارَتْ عَنْدهُ ، فَلَا تَنَافِي بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ ، وَصَارَ هَذَا كَمَنْ أَلْكَرَ أَنْ يَكُونَ عَنْدهُ شَهَادَةٌ قَبْلَ أَنْ يُسْتَشْهَدَ ، ^(١٩) ثُمَّ اسْتَشْهَدَ ^(٢٠) بَعْدَ ذَلِكَ ، فَصَارَتْ عَنْدهُ ، بِخِلَافِ مَنْ أَلْكَرَ أَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، ^(٢١) فَإِنَّهُ لَا يَخْرُجُ عَنْ أَنْ يَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ ^(٢٢) بِنَسْيَانِهَا .

١٩٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ شَهِدَ بِشَهَادَةٍ ، يَجُرُّ إِلَى نَفْسِهِ بَعْضُهَا ، بَطَلَتْ

(١١-١١) سقط من : ب .

(١-١) ل : م ؛ إِذَا مَا .

(٢) ل : م ؛ الْإِنْكَارُ .

(٣-٣) سقط من : الْأَصْلُ .

(٤) سقط من : ب .

(٥-٥) سقط من : أ .

شهادته في الكل (

وجملته أن من شهد بشهادة له بعضها ؛ مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة ، أو يشهد على زيد بدار له ولعمرو ، فإن شهادته تبطل في الكل . وقال الشافعي : فيها قولان ؛ أحدهما ، كقولنا . والثاني ، تصح شهادته لغيره ؛ لأنه أجنبي ، فتصح شهادته له ، كما لو لم يكن له فيها شرك^(١) . ويتخرج لنا مثل هذا ؛ بناء على قولنا في عبيد بين ثلاثة ، اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم ، فادعى أنهم قبضوها منه ، فألكر أحدهم أن يكون أخذه شيئا ، فأقر له اثنان ، وشهد اثنان ، وشهد اثنان ، فإشهادهم مقبول عليه ، وإشهادهم فيما أخذ من المال . ولنا ، أنها شهادة رد بعضها للثلاثة ، فترد جميعها ، كما لو شهد المضارب لرَبِّ المال بمال من المضاربة ، ولو شهد بدين لأبيه وأجنبي ، أو شهد^(٢) بشهادة ترد في بعض ما شهد به ، بطلت كلها .

١٩٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ اثْنَا ، وَأَلَفَ دِرْهَمٌ ، فَأَدَّعَى رَجُلٌ عَلَى الْمَيِّتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ ، وَصَدَّقَهُ الْإِبْنُ^(١) ، وَادَّعَى آخَرُ مِثْلَ ذَلِكَ ، وَصَدَّقَهُ الْإِبْنُ ، فَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ ، كَانَتِ^(٢) الْأَلْفُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، كَانَتِ^(٣) الْأَلْفُ لِلأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي)

وجملته أن الميِّت إذا خلف وارثا ، وتركَ ، فأقر الوارث لرجل بدين على الميِّت يستغرق ميراثه ، فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة ، واستحقاقه لجميعها ، فإذا أقر بعد ذلك لآخر ، نظرت ؛ فإن كان في المجلس ، صح الإقرار ، واشتركا في التركة ؛ لأن حالة المجلس كلها ١٢٦/١١ كحالة واحدة ، بدليل القبض^(١) ، في ما^(٢) يُعتبر القبض فيه ، وإمكان الفسخ في البيع ، ولحق الزيادة في العقد ، فكذا في الإقرار . وإن كان في مجلس آخر ، لم يُقبل إقراره ؛

(١) في ١ : د شريك .

(٢) في الأصل : د وشهد .

(١) في م : د الأب .

(٢) في م : د كان .

(٣-٣) في م : د فما .

لأنه يُقرُّ بحقٍّ على غيره ، فإنه يُقرُّ بما يقتضي مشاركة الأول في التركة ، ومزاحمته فيها ، وتقيص حقه منها . ولا يُقبل إقرار الإنسان على غيره . وقال الشافعي : يُقبل إقراره ، ويشتركان فيها ؛ لأنَّ الوارث يقوم مقام الموروث ، ولو أقر الموروث لهما لقبيل ، فكذلك الوارث ؛ ولأنَّ منعه من الإقرار يُفضي إلى إسقاط حقِّ الغرماء ، فإنه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد ، فيبطل حقه بعينته ، ولأنَّ من قبل إقراره أولاً ، قبل إقراره ثانياً ، إذا لم يتغير حاله ، كالْمُورُوث^(٤) . ولنا ، أنه إقرار^(٥) بما يتعلق بمحلٍّ تعلق به حقُّ غيره ، على وجهٍ يضُرُّ به ، تعلقاً يمنع صحة^(٦) تصرفه فيه ، فلم يُقبل ، كإقرار الراهن بجناية عبده المُرْهُونِ أو الجاني . وأما الموروث ، فإن أقر في صحته ، صح ؛ لأنَّ الدين لا يتعلق بماله ،^(٧) وإنما يتعلق بدمته^(٨) . وإن أقر في مرضه لعريم^(٩) ، لم يحاص^(١٠) المقر له غرماء الصحة ؛ لذلك . وإن أقر في مرضه لعريم يستغرق دينه تركته ، ثم أقر لآخر في مجلس آخر ، صح ،^(١١) وشارك الأول^(١٢) ، والفرق بينه وبين الوارث ، أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف في ماله ، ولا أن يُعلق^(١٣) به دين آخر ، بأن^(١٤) يستدين ديناً آخر ، فلم يمنعه ذلك تعلق^(١٥) الدين بتركته بالإقرار ، بخلاف الوارث ، فإنه لا يملك أن يُعلق بالتركة ديناً آخر بفعله ، فلا يملكه بقوله ، ولا يملك التصرف في التركة ، ما لم يلتزم قضاء الدين .

فصل : وإن مات ، وترك ألفاً ، فأقر به ابنه لرجل ، ثم أقر به لغيره ، فهو^(١٦) للأول ، ولا شيء للثاني فيه ، سواء كان في مجلس أو مجلسين ؛ لأنه باعترافه للأول ، ثبت له

(٤) في ١ : كالميراث .

(٥) في م : د أقر .

(٦) في ب : د حق .

(٧-٧) سقط من : أ ، ب .

(٨) سقط من : أ ، ب ، م .

(٩) في الأصل : يخلص .

(١٠) في م : د يتعلق .

(١١) سقط من : أ .

(١٢) في الأصل ، أ : د تعليق .

(١٣) في ب : د فهي .

المِلْكُ فِيهِ ، فَصَارَ إِقْرَارُهُ لِلثَّانِي إِقْرَارًا لَهُ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ . وَتَلَزَمَ الْمُقَرَّرُ غَرَامَتَهُ لِلثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قُوَّتُهُ عَلَيْهِ / بِإِقْرَارِهِ بِهِ لغيره ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ غَضِبَهُ مِنْهُ ، فَدَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ . ١٢٦/١ ظ

١٩٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى دَعْوَى عَلَى مَرِيضٍ ، فَأَوْزَعَهَا بِرَأْسِهِ ، أُنِيَ : نَعَمْ . لَمْ يَخْكَمْ بِهَا حَتَّى يَقُولَ بِلِسَانِهِ)

وجملته أن إشارة المريضي لا تقوم مقام نطقه ، سواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه . وهذا قال الثوري . وقال الشافعي : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِإِشَارَتِهِ ، إِذَا كَانَ عَاجِزًا عَنِ الْكَلَامِ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِالْإِشَارَةِ مِنْ عَاجِزٍ عَنِ الْكَلَامِ ، فَأَشْبَهَ إِقْرَارَ الْأَخْرَسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مَا يُوسَّ مِنْ نُطْقِهِ ، فَلَمْ تَقُمْ إِشَارَتُهُ مَقَامَ نُطْقِهِ ، كَالصَّحِيحِ . وَهَذَا غَرَضُ الْأَخْرَسِ ، فَإِنَّهُ مَا يُوسَّ مِنْ نُطْقِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ أُزْتُجَ عَلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ ، لَمْ تُصِحَّ صَلَاتُهُ بِغَيْرِ قِرَاءَةٍ ، بِخِلَافِ الْأَخْرَسِ . وَالْإِسَاءَةُ يُفَرَّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا مَعَ امْتِكَانِهِ فِي الْعِدَّةِ ؛ وَلَأنَّ عَجْزَهُ عَنِ النُّطْقِ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَتْرَكَ الْكَلَامَ لَصُعُوبَتِهِ عَلَيْهِ وَمَشَقَّتِهِ ، لَا لِعَجْزِهِ . وَإِنْ صَارَ إِلَى حَالٍ يَتَحَقَّقُ^(١) الْإِيَّاسُ مِنْ نُطْقِهِ ، لَمْ يُوثَّقْ بِإِشَارَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَرَضَ الَّذِي أَعْجَزَهُ عَنِ النُّطْقِ ، لَمْ يَخْتَصْ بِبِلْسَانِهِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَثَرُ فِي عَقْلِهِ أَوْ فِي سَمْعِهِ ، فَلَمْ يَدْرِ مَا قِيلَ لَهُ ، بِخِلَافِ الْأَخْرَسِ ، وَلَأنَّ الْأَخْرَسَ قَدْ تَكَرَّرَتْ إِشَارَتُهُ حَتَّى صَارَتْ عِنْدَ مَنْ يُعَاشِرُهُ كَالْيَقِينِ ، وَمُمَائِلَةً النُّطْقِ ، وَهَذَا لَمْ تَتَكَرَّرْ إِشَارَتُهُ ، فَلَعَلَّهُ لَمْ يَدِرْ الْإِقْرَارَ ، إِنَّمَا أَرَادَ الْإِنْكَارَ ، أَوْ إِسْكَاتَ مَنْ يَسْأَلُهُ ، وَمَعَ هَذِهِ الْفُرُوقِ ، لَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ .

١٩٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى دَعْوَى ، وَقَالَ : لَا يَتَنَبَّأُ لِي . ثُمَّ أُنِيَ بَعْدَ ذَلِكَ بِبَيِّنَةٍ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ مُكَذِّبٌ بِبَيِّنَتِهِ)

وهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو يوسف ، وابن المنذر : تُقْبَلُ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْسَى ، أَوْ يَكُونَ الشَّاهِدَانِ سَمِعَا مِنْهُ ، وَصَاحِبُ الْحَقِّ لَا

(١) في ١ : لا يفتن .

يَعْلَمُ ، فلا يَثْبُتُ بذلك أَنَّهُ كَذَبٌ ^(١) بَيِّنَةٌ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعي : وإن كان
الإشهادُ / أمرًا تَوَلَّاهُ بنفسِهِ ، لم تُسَمَّعْ بَيِّنَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ أَكْذَبُهَا ، وإن كان وَكِيلُهُ أَشْهَدَ عَلَى
الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، أو شَهِدَ مِنْ غَيْرِ عَلَيْهِ ، أو مِنْ غَيْرِ أَنْ يُشْهَدَ لَهُمْ ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ
مَعْدُورٌ فِي نَفْسِهِ إِذَا هَا . وهذا القولُ حَسَنٌ . ولَنَا ، أَنَّهُ أَكْذَبُ بَيِّنَتُهُ ، بإِقْرَارِهِ أَنَّهُ لَا يُشْهَدُ لَهُ
أَحَدٌ ، فَإِذَا شَهِدَ لِمَنْ سَأَلَ ، كَانَ تَكْذِيبًا لَهُ ، وَيُفَارِقُ الشَّاهِدَ إِذَا قَالَ : لَا شَهَادَةَ عِنْدِي .
ثم قال : كُنْتُ أَنَسِيهَا ^(٢) . لَأَنَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ لغيرِهِ بَعْدَ الْإِنْكَارِ ، وَهَهُنَا هُوَ مُقَرَّرٌ لِحُصْمِهِ
بَعْدَ ^(٣) الْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْهُ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا ^(٤) قَالَ : كُلُّ بَيِّنَةٍ لِي زُورٌ . كَالْحُكْمِ
فِيمَا إِذَا قَالَ : لَا بَيِّنَةَ لِي . عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا ^(٥) قَالَ : مَا أَعْلَمُ بَيِّنَةَ . ثُمَّ أَتَى بِبَيِّنَةٍ ، سُمِعَتْ ؛ لَأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ لَمْ
يَعْلَمْهَا ، ثُمَّ عَلِمَهَا . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَلَوْ قَالَ : مَا أَعْلَمُ لِي بَيِّنَةَ . فَقَالَ شَاهِدَانِ : نَحْنُ
نُشْهَدُكَ . سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ .

١٩٣١ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا شَهِدَ الْوَصِيُّ عَلَى مَنْ هُوَ مَوْصَى عَلَيْهِمْ ، قِيلَتْ
شَهَادَتُهُ . وَإِنْ شَهِدَ لَهُمْ ، لَمْ يَقْبَلْ إِذَا كَانُوا فِي جِجْرِهِ)

^(١) أَمَا شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ ، فَمَقْبُولَةٌ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، فَإِنَّهُ لَا يَتَّهَمُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا يَجْرُ
بشهادته عَلَيْهِمْ نَفْعًا ، وَلَا يَذْفَعُ عَنْهُمْ بِهَا ضَرَرًا . وَأَمَا شَهَادَتُهُ لَهُمْ إِذَا كَانُوا فِي جِجْرِهِ ^(٢) ، فَغَيْرُ
مَقْبُولَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الشَّعْبِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ،
وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَأَجَازُ شَرْيَحُ ^(٣) وَأَبُو ثَوْرٍ شَهَادَتُهُ لَهُمْ ، إِذَا كَانَ

(١) في ١ : أَكْذَبُ .

(٢) في ١ ، ب ، م : نَسِيَهَا .

(٣) في الأصل : بَعْدُ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في ١ ، ب ، م : وَإِنْ .

(١-١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢) أخبار القضاة ٢/٢٧٤ .

الْحَصْنُ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْهُمْ ، فَقَبِلْتُ شَهَادَتَهُ لَهُمْ ، كَمَا بَعْدَ زَوَالِ الْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَهِدَ بِشَيْءٍ هُوَ خَصْمٌ فِيهِ ، فَإِنَّهُ الَّذِي يُطَالِبُ بِحُقُوقِهِمْ ، وَيُخَاصِمُ فِيهَا ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهَا ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ، كَالْوِشْيَةِ بِمَا لِنَفْسِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَأْخُذُ مِنْ (٣) مَا لَهُمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ . فَيَكُونُ مُتَّهِمًا فِي الشَّهَادَةِ بِهِ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : إِذَا كَانُوا فِي حِجْرِهِ . فَإِنَّهُ يَعْْنِي أَنَّهُ لَوْ (٤) شَهِدَ لَهُمْ بَعْدَ زَوَالِ وَلايَتِهِ عَنْهُمْ ، قَبِلْتُ شَهَادَتَهُ ؛ لِزَوَالِ الْمَعْنَى الَّتِي مَنَعَ قَبُولَهَا . وَالْحُكْمُ فِي أَمِينِ الْحَاكِمِ يَشْهَدُ لِلْأَيْتَامِ الَّذِينَ هُمْ تَحْتَ وَلايَتِهِ ، كَالْحُكْمِ / فِي الْوَصِيِّ ، سَوَاءً .

ظ ١٢٧/١١

١٩٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَ إِذَا شَهِدَ مَنْ يُحْتَقُّ فِي الْأَخْيَانِ ، قَبِلْتُ شَهَادَتَهُ فِي إِفَاقِيهِ)

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم ، ومن حفظنا عنه ذلك ؛ مالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . ولا أخسبه إلا مذهب أهل الكوفة ؛ وذلك لأن الاعتبار في الشهادة بحال أدائها ، وهو في وقت الأداء من أهل التحصيل والعقل الثابت ، فقُبِلَتْ شهادته ، كالصبي إذا كبر ، ولأنه عدل غير متهم ، فقُبِلَتْ شهادته ، كالصحيح ، وزوال عقله في غير حال الشهادة ، لا يمنع قبولها ، كالصحيح الذي ينأى ، والمريض الذي يُعْمَى عليه في بعض الأحيان .

١٩٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الطَّبِيبِ فِي الْمَوْضِعَةِ ، إِذَا لَمْ يَفْقَدْ عَلَى طَبِيبَيْنِ ، وَكَذَلِكَ الْبَيْطَارُ فِي دَاءِ الدَّائَةِ)

وجملته أنه إذا اختلف في الشَّجَّةِ ، هل هي موضحة أو لا ؟ أو فيما كان أكثر منها ، كالحاشية ، والمنقلة ، والآمة ، والدائمة ، أو أصغر منها ، كالباضية ، والمتلاحمة ، والسُمحاق ، أو في الحائفة ، وغيرهما من الجراح ، التي لا يعرفها إلا الأطباء ، أو اختلفا في داء يختص بمعرفة الأطباء ، أو في داء الدَّائَةِ ، فظاهر كلام الخري أنَّهُ إِذَا قُدِرَ عَلَى طَبِيبَيْنِ ، أَوْ بَيْطَارَيْنِ ، لَا يُجْزَى وَاحِدًا (١) ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُطْلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، فَلَمْ تُقْبَلْ فِيهِ

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في : ١ : إن .

(١) في الأصل ، ب : : بواحد .

شهادةً واحدٍ ، كسائر الحقوق ، فإن لم يُقدَّر على اثنين ، أجزأ واحدٌ ؛ لأنه ممَّا لا يُمكنُ كلُّ واحدٍ أن يشهَدَ به ؛ لأنه ممَّا يختصُّ به أهلُ الخبرة من أهلِ الصنعة ، فاجتزأت فيه بشهادةٍ واحدٍ ، بمنزلة العيوب تحت الثياب ، يُقبل فيها قول المرأة الواحدة ، فقبول قول الرجل الواحد أولى .

فصل : قال أحمدٌ ، رحمه الله ، إذا قال : اشهَد على مائة درهم ومائة درهم^(٢) ومائة درهم^(٣) . فشهِد على مائة دون مائة ، كَرِهَ ، إلَّا أن يقول : أشهَدُوني^(٤) على مائة ومائة ومائة^(٥) . يحكيه كله للحاكم كما كان . وقال أحمدٌ : إذا شهِد على ألف ، وكان الحاكم / لا يحكم إلَّا على مائة ومائتين ، فقال له صاحب الحق : أريد أن تشهَد لي على مائة ، لم يشهَد إلَّا بألف . قال القاضي : وذلك أن على الشاهد ثقل الشهادة على ما شهِد ، قال الله تعالى : ﴿ ذَلِكَ أَذْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا ﴾^(٦) . ولأنه لو سَأَلَ للشاهد أن يشهَد ببعض ما شهِد عليه ، سَأَلَ للقاضي أن يَقْضِيَ ببعض ما شهِد به الشاهد . وقال أبو الخطاب : عندى يجوز أن يشهَد بذلك ؛ لأنَّ مَنْ شهِد بألف ، فقد شهِد بمائة ، فإذا شهِد بمائة ، لم يكن كاذبًا في شهادته ، فجاز ، كما لو كان قد أقْرَضَهُ مائة مرَّةً ، وتسعمائة مرَّةً أخرى . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لما ذكره القاضي ، ولأنَّ شهادته بمائة ربما أَوْهَمَتْ^(٧) أن هذه المائة غير التي شهِدَتْ بأصله ، فيؤدِّي إلى إيجابها عليه مرَّتين .

فصل : قال أحمدٌ : إذا شهِد بألف درهم ومائة دينار ، فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره . قال القاضي : لأنه لما جاز أن يُحمَلَ مُطلقُ العقيد على ذلك ، جاز أن تُحمَلَ الشهادة عليه . والله أعلم .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في ا ، ب ، م : : أشهد لي .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة المائدة ١٠٨ .

(٦) في الأصل ، ا ، ب : : أوهم .

كتاب الدَّعَاوَى وَالْيَنَات

الدَّعْوَى «(في اللغة)»: إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ، ملكاً ، أو استحقاقاً ، أو صفةً^(١) ، أو نحو ذلك . وهي في الشرع : إضافته إلى نفسه استحقاقاً شئاً في يد غيره ، أو في ذمته . والمُدَّعى عليه ، مَنْ يُضَافُ إِلَيْهِ اسْتِحْقَاقُ شَيْءٍ عَلَيْهِ . وقال ابن عَظِيم : الدَّعْوَى الطَّلَبُ ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ ﴾^(٢) . وقيل : المُدَّعى مَنْ يَلْتَمِسُ بِقَوْلِهِ أَخْذَ شَيْءٍ مِنْ يَدِ غَيْرِهِ ، أو إثباتَ حَقٍّ فِي ذِمَّتِهِ . والمُدَّعى عليه مَنْ يَنْكَرُ ذَلِكَ . وقيل : المُدَّعى مَنْ إِذَا تَرَكَلَمْ يَسْكُتَ ، والمُدَّعى عليه مَنْ إِذَا تَرَكَّ سَكَتَ . وقد يكون كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعِياً وَمُدَّعى عَلَيْهِ ؛ بَأَن يَخْتَلِفَا فِي الْعَقْدِ ، فَيُدَّعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الثَّمَنَ غَيْرُ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُهُ . والأَصْلُ فِي الدَّعْوَى قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ يَدْعَوَاهُمْ ، لَادَّعى قَوْمٌ / دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ »^(٣) رواه ١٢٨/١١ ط مسلم^(٤) . وفي حديث : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ »^(٥) . ولا تصحُّ الدَّعْوَى إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ .

١٩٣٤ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَمَنْ ادَّعى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ ، فَأَلْكَرَتْهُ ، وَلَمْ تُكُنْ لَهُ يَتِيَّةً ، فُوقَ يَتْنَهُمَا ، وَلَمْ يُخْلَفْ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ يُسْتَحْلَفُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَابْنِ الْمُثَنَّى ،

(١-١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) في : ١ : صفة .

(٣) سورة يس ٥٧ .

(٤-٤) في : ١ : متفق عليه . وتقدم تحريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٥) تقدم تحريجه ، في : ٥٨٧/٦ .

وَعَوَهُ قَوْلُ أُمِّ يُوسُفَ وَعَمِدٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » (١) . وَلَئِنَّهُ حَقٌّ لَأَدِيمِي ، فَيُسْتَحْلَفُ فِيهِ ، كَالْمَالِ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَعَمِدٌ : يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ ، فَإِنْ نَكَلَ ، أُلْزِمَ النِّكَاحَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ نَكَلَ ، رُدَّتِ الْيَمِينَ عَلَى الزَّوْجِ فَحَلَفَ ، وَتَبَتِ النِّكَاحُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَجُزُّ بِذَلِكَ ، فَلَمْ يُسْتَحْلَفْ فِيهِ ، كَالْحَدِّ . يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ الْأَبْضَاعَ مِمَّا يُخْطَأُ فِيهَا ، فَلَا تَبَاحُ بِالنُّكُولِ ، وَلَا بِهِ وَبِإِيمَنِ الْمُدْعَى ، كَالْحُدُودِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النُّكُولَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ قَوِيَّةٍ ، إِنَّمَا هُوَ سُكُوتٌ مُجَرَّدٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَخَوْفِهِ مِنَ الْيَمِينِ ، أَوْ لِلْجَهْلِ بِحَقِيقَةِ الْحَالِ ، أَوْ لِلْحَيَاءِ مِنَ الْخَلِيفِ وَالتَّبَدُّلِ فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، وَمَعَ هَذِهِ الْأَحْتِمَالِ ، لَا يَتَّبِعِي أَنْ يَقْضَى بِهِ فِيمَا يُخْطَأُ لَهُ ، وَبِإِيمَنِ الْمُدْعَى إِنَّمَا هِيَ قَوْلُ نَفْسِهِ ، لَا يَتَّبِعِي أَنْ يُعْطَى بِهَا أَمْرًا فِيهِ خَطَرٌ عَظِيمٌ ، وَإِنَّهُ كَبِيرٌ ، وَيُمْكِنُ مِنْ وَطْءِ امْرَأَةٍ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ أَعْجَبِيَّةً مِنْهُ . وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَأَيْنَمَا يَتَنَزَّلُ (٢) الْأَمْوَالُ وَالْدِّمَاءُ ، فَلَا يَدْخُلُ النِّكَاحُ فِيهِ ، وَلَوْ دَخَلَ فِيهِ كُلُّ دَعْوَى ، لَكَانَ مَخْصُوصًا بِالْحُدُودِ ، وَالنِّكَاحُ فِي مَعْنَاهُ ، بَلِ النِّكَاحُ أَوَّلَى ، لِأَنَّهُ لَا يَكَادُ يَخْلُو مِنْ شُهُودٍ ، لَكُونَ (٣) الشَّهَادَةُ شَرْطًا فِي أَنْعِقَادِهِ ، أَوْ مِنْ اشْتِهَارِهِ ، فَيُشْهَدُ فِيهِ بِالْإِسْتِغَاظَةِ ، وَالْحُدُودُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . إِذَا تَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا / وَيُخْلَى سَبِيلُهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا تُخْلَفُ عَلَى الْأَحْتِمَالِ الْآخَرِ . فَتَكَلَّتْ ، لَمْ يَقْضَ بِالنُّكُولِ ، وَتُحْبَسُ ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ ، حَتَّى تُقَرَّ أَوْ تُخْلَفَ ، وَفِي الْآخَرِ ، يُخْلَى سَبِيلُهَا ، وَتَكُونُ فَائِذَةً شَرَعَ الْيَمِينِ التَّخْوِيفَ وَالرَّدْعَ ، لِتَقَرَّ أَنَّ كَانَ الْمُدْعَى مُحِقًّا ، أَوْ تُخْلَفَ ، فَتَبَرَّ أَنْ كَانَ مُبْطِلًا .

١٢٩/١١

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَ امْرَأَةٍ ، احتاج إلى ذكر شرائط النكاح ، فيقول : تزوجتها بوليٍّ مُرشدٍ وشاهديٍّ عدلٍ ورضاها . إن كانت ممن يُغَيَّرُ رِضَاهَا . وهذا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يَخْتِاجُ إِلَى ذِكْرِ شَرَايِطِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ

(١) تقدم تعريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٢) في ب ، م ، : تناول .

(٣) في الأصل : لكن .

ملك ، فأشبه ملك العبد ، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول : وليست معتدة ولا مرتدة . ولنا ، أن الناس اختلفوا في شرائط النكاح ، فمنهم من يشترط الولي والشهود ، ومنهم من لا يشترط ، ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبها في تزويجها ، ومنهم من لا يشترطه ، وقد يدعى نكاحاً يعتقده صحيحاً ، والحاكم لا يرى صحته ، ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها ، ولا (١) يعلم بها ، ما لم تذكر الشروط ، وتقوم البيّنة بها ، وتنفارق المال ، فإن استبانته لا (٢) تنحصر ، وقد يعفى على المدعى سبب ثبوت حقه ، والعقد تكثر شروطها ، ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطاً سبعة ، وربما لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها ، والأموال مما يتساهل فيها ، ولذلك افرقنا في اشتراط الولي والشهود في عقودهم ، فافترقنا الدغوى . وعدم العدة والردة ، (٣) الأصل عدمها ، ولا يختلف الناس فيه (٤) ، ولا يختلف به الأغراض . فإن كانت المرأة أمة والزوج حراً ، فقياس ما ذكرناه ، أنه يحتاج إلى ذكر عدم الطول ، وخوف العنت ؛ لأنهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما إن ادعى استدامة الزوجية ، ولم يدع العقد ، لم يحتاج إلى ذكر شروطه ، (٥) في أحد الوجهين ؛ / لأنه يثبت (٦) بالاستيفاضة . ولو اشترط ذكر الشروط ، لا شترطت الشهادة به ، ولا يلزم ذلك في شهادة الاستيفاضة . وفي الثاني يحتاج إلى ذكر الشروط ؛ لأنه دغوى نكاح ، فأشبه دغوى العقد .

فصل : وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها ، وذكرته معه حقاً من حقوق النكاح ، كالصدّق والثقة ونحوها ، سمعت دغواها . بغير خلاف تعلمه ؛ لأنها تدعى حقاً لها تضيفه إلى سببه ، فتسمع دغواها ، كما لو ادعت ملكاً أضافته إلى الشراء . وإن أقرت (٧) دغوى النكاح ، فقال القاضي : تسمع دغواها أيضاً ؛ لأنه سبب لحقوق لها ، فتسمع دغواها فيه ، كالبيع . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر ، لا تسمع دغواها (٨) ؛

(٤-٤) ق ١ : يعلمها .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦-٦) ق ٣ : لم يختلف الناس فيه ، والأصل عدمها .

(٧) ق ٣ : الشروط .

(٨) ق ٣ : افردت .

(٩) ق ٣ : نأداة : فيه .

لأنَّ النِّكَاحَ حَقٌّ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا ، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهَا حَقًّا لغيرِهَا . فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، سُئِلَ الزَّوْجُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تُسْتَحْلَفِ الْمَرْأَةُ وَالْحَقُّ عَلَيْهَا ، فَلَا نَ لَا يُسْتَحْلَفُ مِنَ الْحَقِّ لَهُ ، ^(١٠) وَهُوَ يَنْكَرُهُ ^(١١) ، أَوَّلَى ^(١٢) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُسْتَحْلَفَ ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهَا إِذَا سُمِعَتْ لِتَضَمُّنِهَا دَعْوَى ^(١٣) حُقُوقِ مَالِيَّةٍ تُشْتَرَعُ فِيهَا الْيَمِينُ . وَإِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِالنِّكَاحِ ، ثَبَتَ لَهَا مَا نَضَمْنَاهُ النِّكَاحَ مِنْ حُقُوقِهَا . وَأَمَّا إِبَاحَتُهَا لَهُ ، فَتَقْتَنِي عَلَى بَاطِنِ الْأَمْرِ ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ ، ^(١٤) حَلَّتْ لَهُ ؛ لِأَنَّ إِنْكَارَهُ النِّكَاحَ لَيْسَ بِطَّلَاقٍ ، وَلَا تَوَى بِهِ الطَّلَاقُ ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِامْرَأَتِهِ ؛ إِذَا لَعَنَهُ الْعَقْدُ ، أَوْ لَيْتُونِيَّتُهَا مِنْهُ ، لَمْ تَحُلْ لَهُ . وَهَلْ يُمَكِّنُ مِنْهَا فِي الظَّاهِرِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُمَكِّنُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ قَدْ حَكَمَ بِالزَّوْجِيَّةِ . وَالثَّانِي ، لَا يُمَكِّنُ مِنْهَا ، لِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، دُونَ مَا عَلَيْهِ ، كَالْوَزَّوْجِ ^(١٥) امْرَأَةً ، ثُمَّ قَالَ : هِيَ أُخْتِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ دَعْوَاهَا النِّكَاحَ كَدَعْوَى الزَّوْجِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، مِنْ الْكَشْفِ عَنْ سَبَبِ النِّكَاحِ ، وَشَرَّاطِ الْعَقْدِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ قَرِيبٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي هَذَا / ١٣٠/١١

الفصل .

فصل : فَأَمَّا سَائِرُ الْمُقَوَّدِ ^(١٦) غَيْرِ النِّكَاحِ ^(١٧) ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالصِّلَحِ وَغَيْرِهَا ، فَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْكَشْفِ ، وَذِكْرُ الشُّرُوطِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا لَا يَحْتَاطُ بِهَا وَلَا تَفْتَقِرُ إِلَى الْوَلِيِّ وَالشُّهُودِ ، فَلَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى الْكَشْفِ ، كَدَعْوَى الْعَيْنِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً أَوْ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهَا مَبِيعٌ ، فَأَشْبَهَتْ الْعَبْدَ ^(١٨) ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمُدْعَى عَيْتًا أَوْ ذِيْنَا ، لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى ذِكْرِ السَّبَبِ ؛ لِأَنَّ أَسْبَابَ ذَلِكَ تَكْثُرُ وَلَا تُنَحْصِرُ ، وَرَبُّمَا خَفِيَ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ سَبَبُ

(١٠-١١) سقط من : ١ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) في ١ : معنى .

(١٣) في م : زوجته .

(١٤) في ب : زوج .

(١٥-١٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٦) في الأصل ، ب ، م : الجارية .

استَحَقَّاهُ ، فلا يُكَلِّفُ بَيَّانَهُ ، وَيُكَفِّيه أَنْ يَقُولَ : أَسْتَحِقُّ هَذِهِ الْعَيْنَ الَّتِي فِي يَدِهِ ، أَوْ أَسْتَحِقُّ كَذَا وَكَذَا فِي ذَنْبِهِ . وَيَقُولُ فِي الْبَيْعِ : إِنِّي اشْتَرَيْتُ مِنْ هَذِهِ الْجَارِيَةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، أَوْ يَعْثُهَا مِنْهُ بِذَلِكَ . وَلَا يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ : وَهِيَ مِلْكُهُ ، ^(١٧) أَوْ وَهِيَ مِلْكِي ^(١٨) - وَنَحْوَ ذَلِكَ ^(١٩) الْأَمْرُ - وَتَفَرُّقُنَا عَنْ تَرَاضٍ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْعُقُودِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرُوطِهَا ، قِيَاسًا عَلَى النِّكَاحِ . وَذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، وَوَجْهًا ثَالِثًا ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً ، اشْتَرَطَ ذِكْرُ شُرُوطِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُسْتَبَاحُ بِهِ الْوَطْءُ ، فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ ، وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ غَيْرَهَا ، لَمْ يُشْتَرَطْ ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى فِيمَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْوَلِيُّ وَالشُّهُودُ ، أَشْبَهَ دَعْوَى الْعَيْنِ . وَمَا لَزِمَ ذِكْرُهُ فِي الدَّعْوَى ، فَلَمْ يَذْكُرْهُ ، سَأَلَهُ الْحَاكِمُ عَنْهُ ، لَتَصِيرَ الدَّعْوَى مَعْلُومَةً ، فَيُمْكِنَ الْحَاكِمُ الْحُكْمَ بِهَا . وَقَدْ ذَكَرْنَا سَائِرَ الدَّعَاوَى فِيمَا سَبَقَ ، بِمَا أَغْنَى عَنْ إِعَادَتِهِ هَهُنَا ..

١٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ادَّعَى ذَاتَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ ، فَأُنْكِرَ ^(١) ، وَأَقَامَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، حُكِمَ بِهَا لِلْمُدَّعِي بِبَيِّنَتِهِ ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَنا بِسَمَاعِ ^(٢) بَيِّنَةٍ / الْمُدَّعَى وَيَعِينُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَسَوَاءٌ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَمْ لَا ، أَوْ قَالَتْ : وَلَدْتُ فِي مِلْكِهِ ^(٣))

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ ادَّعَى شَيْئًا فِي يَدِ غَيْرِهِ ، فَأُنْكِرَهُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَإِنْ بَيَّنَّ الْمُدَّعَى تُسَمَّى بَيِّنَةُ الْحَارِجِ ، وَبَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تُسَمَّى بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ ، وَقَدْ اخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِيمَا إِذَا تَعَارَضَتَا ، فَلَمَشْهُورٌ عَنْهُ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى ، وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِحَالٍ . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَعَنْهُ ، رَوَايَةٌ ثَانِيَةٌ ، إِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ بِسَبَبِ الْمَلِكِ ، وَقَالَتْ ^(٤) : لَيْتَجَتْ فِي مِلْكِهِ ، أَوْ اشْتَرَاهَا ، أَوْ نَسَجَهَا . أَوْ كَانَتْ بَيِّنَتَهُ

(١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨) في النسخ : ونحن جازئ .

(١) في ١ : فأُنْكِرَهُ .

(٢) في ١ : باستماع .

(٣) في م زيادة : عليه .

(٤) في الأصل : فقال . وفي ب : فقالت .

أَقْدَمَ تَارِيخًا، قُدِّمَتْ، وَإِلَّا قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمُدْعَى. وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور، في النتائج والنساج، فيما لا يتكرر نسجه، فأما ما يتكرر نسجه، كالصوف والخز، فلا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ؛ لأنها إذا شهدت بالسبب، فقد أفادت ما لا تُفِيدُهُ الْيَدُ، وقد رَوَى جابر بن عبد الله، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ فِي ذَائِبَةٍ أَوْ بَعِيرٍ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ بِأَنَّهُمَا لَهُ، ائْتَجَحَا، فَقَضَى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ^(٥). وذكر أبو الخطاب، رواية ثالثة، أَنَّ بَيِّنَةَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ تَقْدَمُ بِكُلِّ حَالٍ. وهو قول شريح، والشعبي، والنخعي، والحكم، والشافعي، وأبى عبيد. وقال: هو قول أهل المدينة، وأهل الشام. وروى ذلك^(٦) عن طاووس. وألكر القاضي كَوْنَهُ هَذَا رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ، وقال: لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الدَّائِلِ إِذَا لَمْ تُقَدِّمْ إِلَّا مَا أَفَادَتْهُ يَدُهُ، رِوَايَةً وَاحِدَةً. واحتج من ذهب إلى هذا القول بأنَّ جَنَبَةَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ أَقْوَى؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ، وَبَيِّنَتُهُ تَقْدَمُ عَلَى يَمِينِ الْمُدْعَى، فإذا تعارضت البيئتان، وَجِبَ إِنْقَاءُ يَدِهِ عَلَى مَا فِيهَا، وَتَقْدِيمُهُ، كما لو لم تكن بَيِّنَةُ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا. وجديت جابر يدلُّ على هذا، فَإِنَّهُ إِنَّمَا قُدِّمَتْ^(٧) بَيِّنَتُهُ لِيَدِهِ. ولنا، / قول النبي ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»^(٨). فجعل جنس البيئتين في جنبة المدعى، فلا يَتَقَيَّ في جنبة المدعى عليه بيئته، ولأنَّ بَيِّنَةَ الْمُدْعَى أَكْثَرُ فَائِدَةً، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهَا، كِتْفِدِيمِ بَيِّنَةِ الْجَرَجِ عَلَى التَّعْدِيلِ. ودليل كثرة فائدتها، أَنَّهَا تُثَبِّتُ شَيْعًا لَمْ يَكُنْ، وَبَيِّنَةُ الْمُتَكَبِّرِ إِنَّمَا تُثَبِّتُ ظَاهِرًا تَدُلُّ الْيَدُ عَلَيْهِ، فَلَمْ تَكُنْ مُفِيدَةً، وَلأنَّ الشَّهَادَةَ بِالْمَلِكِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَنَدًا رُوِيَهُ الْيَدُ وَالتَّصَرُّفُ، فَإِنْ ذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، فَصَارَتِ الْبَيِّنَةُ بِمَنْزِلَةِ الْيَدِ الْمُفْرَدَةِ، فَتَقْدَمُ عَلَيْهَا بَيِّنَةُ الْمُدْعَى، كَأَنَّ قُدَّمَ عَلَى الْيَدِ، كما أَنَّ شَاهِدِي الْفَرْعِ لَمَّا كَانَا مُبَيِّنِينَ عَلَى شَاهِدِي الْأَصْلِ، لَمْ تَكُنْ لَهُمَا مَزِيَّةً عَلَيْهِمَا.

و ١٣١/١١

(٥) أخرجه البيهقي، في باب المتداعين يتنازعان ... من كتاب الدعوى والبيئات. السنن الكبرى ٢٥٦/١٠. والدارقطني، في: كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك. سنن الدارقطني ٢٠٩/٤. والإمام الشافعي، انظر: كتاب الأحكام والأقضية، من ترتيب المسند ١٨٠/٢.

(٦) سقط من: م.

(٧) في ١: قدم.

(٨) تقدم تخريجه، في حاشية ٥٨٧/٦.

فصل : وأى البيئتين قدّمناها ، لم يخلف صاحبها معها . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : **يُستخلف صاحب اليد ؛ لأن البيئتين سقطتا بتعارضهما ، فصارا كمن لا بيئة لهما ، فيخلف الداحل^(٩)** كما لو لم تكن لواحد منهما بيئة . ولنا ، أن إحدى البيئتين راجحة ، فيجب الحكم بها منفردة ، كما لو تعارض خبران ، خاص وعام ، أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ، ولا تسلم أن البيئة الراجحة تسقط ، وإنما ترجح ، ويعمل بها ، وتسقط المرجوحة .

فصل : فإن كانت البيئة لأحدهما دون الآخر ، نظرت ؛ فإن كانت البيئة للمدعى وخذه ، حكم بها ، ولم يخلف ، بغير خلاف في المذهب . وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار ؛ منهم الزهري ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . وقال شريح ، وعون بن عبد الله^(١٠) ، والنخعي ، والشعبي ، وابن أبي ليلى : **يُستخلف الرجل مع بيئته .** قال شريح لرجل^(١١) : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهدا ، ما قضيت لك حتى تخلف^(١٢) . ولنا ، قول النبي ﷺ للحضر ميمى : **« بينتك ، أو يمينه ، ليس لك إلا ذلك »**^(١٣) . ١٣١/١١ ط
وقول النبي ﷺ : **« البيئة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه »** . ولأن البيئة إحدى حجتى الدعوى ، فيكتفى بها ، كاليمين . قال أصحابنا : **ولا فرق بين الحاضر والغائب ، والحى والميت ، والصغير والكبير ، والمجنون والمكلف .** وقال الشافعي : إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه ، أخلف^(١٤) المشهود له ، لأنه لا يملكه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء ، فيقوم الحاكم مقامه في ذلك ، لتزول الشبهة . وهذا حسن ؛ فإن قيام البيئة للمدعى بثبوت حقه ، لا ينفي احتمال القضاء والإبراء ، بدليل أن

(٩) سقط من : ١ .

(١٠) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الملقب ، كان من آدب أهل المدينة وأفقههم ، تولى سنة بضع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ١٠٣/٥ - ١٠٥ .

(١١) لم يرد في الأصل ، أ ب .

(١٢) في أخبار القضاة ، لكيع ٣١٠/٢ ، أنه قضى باليمين مع الشاهد .

(١٣) تقدم ترجمته ، في : صفحة ٣٢ .

(١٤) في ١ : حلف .

المُدَّعى عليه لو ادَّعاه ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ وَيُسْتَنَّهُ ، فإذا^(١٥) كان حَاضِرًا مُكَلَّفًا ، فسُكُوتُهُ عن دَعْوَى ذلك دَلِيلٌ على انْتِفَائِهِ ، فَيُكْتَفَى بِالْبَيِّنَةِ ، وإنْ كان غَائِبًا ، أو مَعْنًى لا قَوْلَ له ، نُفِيَ اِحْتِمَالُ ذلك من غيرِ دَلِيلٍ يَدُلُّ على انْتِفَائِهِ ، فَنُشِرْعَ الْيَمِينَ لِنَفْسِهِ^(١٦) . وإنْ لم تُكُنْ للمُدَّعى بَيِّنَةٌ ، وكانت^(١٧) للمُنْكَرِ بَيِّنَةٌ ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ ، ولمْ يَحْتَجْ إلى الحَلِيفِ مَعَهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِهَا مَعَ التَّعَارُضِ ، وَأَنَّهُ لَا يَخْلِفُ مَعَهَا ، فَمَعَ انْفِرَادِهَا أَوَّلَى ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْمُدَّعى عَلَيْهِ ، فَيَحْتَجُّ أَنْ يُكْتَفَى بِهَا عَنِ الْيَمِينِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى مِنَ الْيَمِينِ ، فإذا اكْتَفِيَ بِالْيَمِينِ ، ففيما^(١٨) هو أَقْوَى مِنْهَا أَوَّلَى . وَيَحْتَجُّ أَنْ تُشْرَعَ الْيَمِينُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ هَهُنَا يَحْتَجُّ أَنْ تَكُونَ مُسْتَنَدَةً لِإِدِّعَاةِ الْيَدِّ وَالتَّصَرُّفِ ، فَلَا تُفِيدُ إِلَّا مَا أَفَادَتْهُ الْيَدُّ وَالتَّصَرُّفُ ، وَذلك لَا يُغْنِي عَنِ الْيَمِينِ ، فَكذلك مَا قَامَ مَقَامَهُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعى الْخَارِجُ أَنَّ الدَّابَّةَ مِلْكُهُ ، وَأَنَّهُ أَوْدَعَهَا لِلدَّاخلِ ، أَوْ أَعَارَهَا إِيَّاهَا ، أَوْ آجَرَهَا مِنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ؛ فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ / مُقَدَّمَةٌ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .
وَقَالَ الْقَاضِي : بَيِّنَةُ الدَّاخلِ مُقَدَّمَةٌ ، لِأَنَّهُ هُوَ الْخَارِجُ فِي الْمَعْنَى ، لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّ الْمُدَّعى صَاحِبَ الْيَدِّ ، وَأَنَّ يَدَ الدَّاخلِ نَائِيَةٌ عَنْهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعى » . وَلِأَنَّ الْيَمِينَ فِي حَقِّ الْمُدَّعى عَلَيْهِ ، فَتَكُونُ الْبَيِّنَةُ لِلْمُدَّعى ، كَمَا لَوْ لَمْ يَدَّعِ الْإِدِّعَا ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ دَعْوَاهُ الْإِدِّعَا زِيَادَةٌ فِي حُجَّتِهِ ، وَشَهَادَةُ الْبَيِّنَةِ بِهَا تَقْوِيَةٌ لَهَا ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُبْطِلَةً لِبَيِّنَتِهِ . وَإِنْ ادَّعى الْخَارِجُ أَنَّ الدَّاخلَ غَصَبَهُ إِيَّاهَا ، فَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، فَهِيَ^(١٩) لِلْخَارِجِ ، وَيَقْتَضِي قَوْلُ الْقَاضِي أَنَّهَا لِلدَّاخلِ ، وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ جِلْدُ شَاةٍ مَسْلُوعَةٍ ، وَرَأْسُهَا وَسَوْاقُهَا وَبَاقِيهَا فِي يَدِ آخَرَ ، فَأَدَّعَاهَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّهَا ، وَلَا بَيِّنَةَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ مَعَ

(١٥) ق م : : فَإِنْ .

(١٦) ق ب ، م : : لِنَفْسِهِ .

(١٧) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، م .

(١٨) ق الْأَصْلِ ، ب ، م : : فِيهَا .

(١٩) ق ب : : قَضَى .

يَمِينِهِ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، وَقُلْنَا : تُقَدِّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ قُلْنَا : تُقَدِّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ . فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاةٌ ، فَأَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الشَّاةَ الَّتِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهَا ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، وَكَانَتِ الشَّاةُ الَّتِي فِي يَدِهِ لَهُ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشَّاةُ الَّتِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، وَلَا تَعَارُضَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَالَ : هَذِهِ الشَّاةُ الَّتِي فِي يَدِكَ لِي ، مِنْ نِتَاجِ شَاتِي هَذِهِ . فَالْتَعَارُضُ فِي النَّتَاجِ ، لَا فِي الْمَلِكِ ^(٢٠) . وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الشَّاتَيْنِ لِي دُونَ صَاحِبِي ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضْنَا ، وَاتَّبَعْنَا ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ فِي بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ وَالْخَارِجِ ، فَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِ الْآخَرِ ، وَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، أَوْ قَدَّمَهَا إِذَا شَهِدَتْ / بِالنَّتَاجِ ، جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ .

١٣٢/١١ ظ

فصل : وَإِذَا ادَّعَى زَيْدٌ شَاةً فِي يَدِ عَمْرٍو ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ، فَحَكَمَ لَهُ بِهَا حَاكِمٌ ، ثُمَّ ادَّعَاهَا عَمْرٍو عَلَى زَيْدٍ ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ؛ فَإِنْ قُلْنَا : بَيِّنَةُ الْخَارِجِ مُقَدَّمَةٌ . لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَةُ عَمْرٍو ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ زَيْدٍ مُقَدَّمَةٌ عَلَيْهِ . وَإِنْ قُلْنَا : بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ مُقَدَّمَةٌ . نَظَرْنَا فِي الْحُكْمِ كَيْفَ وَقَعَ ؛ فَإِنْ كَانَ حَكَمَ بِهِ الزَّيْدُ لِأَنَّ عَمْرًا لَا بَيِّنَةَ لَهُ ، رُدَّتْ إِلَى عَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ ^(٢١) قَدْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، وَالْيَدُ كَانَتْ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ ^(٢٢) حَكَمَ بِهِ الزَّيْدُ لِأَنَّهُ يَرَى تَقْدِيمَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ ، لَمْ يَنْقُضْ حُكْمَهُ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٣) حَكَمَ بِمَا يَسُوغُ الْأَجْبَاحَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةُ عَمْرٍو قَدْ شَهِدَتْ لَهُ أَيْضًا ، وَرَدَّهَا الْحَاكِمُ لِفُسْخِهَا ، ثُمَّ عُدَّتْ ، لَمْ يَنْقُضِ الْحُكْمَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِفُسْخِهِ ، ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ ، لَمْ تُقْبَلْ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَاكِمُ ^(٢٤) كَيْفَ كَانَ ، لَمْ يَنْقُضْ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٥) حَكَمَ حَاكِمٌ ، الْأَصْلُ جَرَيَانُهُ عَلَى الْعَدْلِ ^(٢٦) وَالْإِنْصَافِ وَالصَّحَّةِ ، فَلَا

(٢٠) في م نهادة : إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى والحكم على ما تقدم .

(٢١-٢٢) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في ب ، م : الحكم .

(٢٤) في ب ، م : لأن .

(٢٥) في ب ، م : الحكم .

(٢٦) سقط من : ١ .

يَتَقَضُّ بِالْإِحْتِمَالِ . فَإِنْ جَاءَ ثَالِثٌ ، فَأَدَّعَاهَا ، وَأَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ، فَبَيِّنَتُهُ وَبَيِّنَةُ زَيْدٍ مُتَعَارِضَتَانِ ، وَلَا يَحْتَاجُ زَيْدٌ إِلَى إِقَامَةِ بَيِّنَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ شَهِدَتْ مَرَّةً ، وَهِيَ سَوَاءٌ فِي الشَّهَادَةِ حَالُ التَّنَازُعِ ، فَلَمْ يَحْتَاجْ إِلَى إِعَادَتِهَا ، كَالْبَيِّنَةِ إِذَا شَهِدَتْ ، وَوَقَفَ الْحَكْمُ عَلَى الْبَحْثِ عَنْ حَالِهَا ، ثُمَّ بَاثَ عَدْلَ الثَّانِي ، فَإِنَّهَا تُقْبَلُ ، وَيُحْكَمُ بِهَا^(٢٧) مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَتِهَا ، كَذَا هُنَا .

فصل : وإذا كان في يَدِ رَجُلٍ شَاةٌ ، فَأَدَّعَاهَا رَجُلٌ أَنَّهُ لَهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَادَّعَى الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ أَنَّهَا فِي يَدِهِ^(٢٨) مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، فَهِيَ لِلْمُدَّعِي ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ تَشْهَدُ لَهُ بِالْمِلْكِ ، وَبَيِّنَةُ الدَّاعِلِ تَشْهَدُ بِالْيَدِ خَاصَّةً ، فَلَا تَعَارِضُ بَيْنَهُمَا ، لِإِمْكَانِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا ، بَأَنْ تَكُونَ الْيَدُ عَنْ^(٢٩) غَيْرِ مِلْكٍ ، فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْمِلْكِ أَوَّلَى . فَإِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ بَأَنَّهَا مِلْكُهُ مِنْذُ / سَنَتَيْنِ ، فَقَدْ تَعَارَضَ ثَرَجِيحَانِ ، تُقَدِّمُ التَّارِيخُ مِنْ جِهَةٍ^(٣٠) بَيِّنَةَ الدَّاعِلِ ، وَتَكُونُ الْأُخْرَى بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُقَدِّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَيَقْتَضِيهِ عُمُومُ كَلَامِ الْجَرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي » ، وَلِأَنَّ بَيِّنَةَ الدَّاعِلِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَنَدَهَا الْيَدُ ، فَلَا تُقَيَّدُ أَكْثَرَ مِمَّا تُقَيَّدُهُ الْيَدُ ، فَأَشْبَهَتِ الصُّورَةَ الَّتِي قَبْلَهَا . وَالثَّانِيَةُ ، تُقَدِّمُ بَيِّنَةُ الدَّاعِلِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَضَمَّنَتْ زِيَادَةً . فَإِنْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَشَهِدَتْ بَيِّنَةُ الدَّاعِلِ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مِنْذُ سَنَةٍ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تُقَدِّمُ فِيهَا بَيِّنَةُ الدَّاعِلِ ، فَيُخْرَجُ فِيهَا وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الدَّاعِلِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهَا قَوْلَانِ . وَإِنْ ادَّعَى الْخَارِجُ أَنَّهَا مِلْكُهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وَادَّعَى الدَّاعِلُ أَنَّهُ اشْتَرَاها مِنْهُ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الدَّاعِلِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . فَإِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُ الْبَيِّنَتَيْنِ^(٣١) ، إِلَّا أَنْ بَيِّنَةُ

١٣٣/١١

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في الأصل ، أ ، ب : ٥ يديه .

(٢٩) في م : ١ عل .

(٣٠) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٣١) في م : ٥ السين .

الدَّاحِلُ تَشْهَدُ بِنَتَاجٍ ، أَوْ بَشْرَاءٍ ، أَوْ غَنِيمَةٍ ، أَوْ زَيْتٍ ، أَوْ هَبْيةٍ مِنْ مَالِكٍ ، أَوْ قَطِيعَةٍ مِنْ الْإِمَامِ ، أَوْ سَبِّ^(٢٢) مِنْ أَسْبَابِ الْمَلِكِ ، فَفِي أَيِّهِمَا تَقَدَّمُ ؟ رَوَيْتَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنَ الْآخَرِ ، قُضِيَ لَهُ بِهَا ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْإِتْيَاعِ شَهِدَتْ بِأَمْرِ حَادِثٍ ، خَفِيَ عَلَى الْبَيِّنَةِ الْآخَرَى ، فَقَدِّمَتْ عَلَيْهَا ، كَتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْجَرْجِ عَلَى بَيِّنَةِ^(٢٣) التَّعْدِيلِ .

١٩٣٦ - مسألة : (وَلَوْ كَانَتِ الدَّائِبَةُ فِي أَيْدِيهِمَا ، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ أَلْفَهَا ، وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَلْفَهَا ، لَبَحَثَ فِي مَلِكِهِ ، سَقَطَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَكَانَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، وَكَانَتِ الْيَمِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فِي النَّصْفِ الْمَحْكُومِ لَهُ)

وَحَمْلُهُ أَنَّهُ إِذَا تَنَازَعَ رَجُلَانِ فِي عَيْنٍ / أَوْ أَيْدِيهِمَا ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفَهَا مَلِكُهُ دُونَ صَاحِبِهِ ؛ وَلَمْ تَكُنْ لَهَا بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَصَاحِبِهِ ، وَجُعِلَتْ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ بَيِّنَةٍ . وَإِنْ تَكَلَّلَا جَمِيعًا عَنِ الْيَمِينِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ مَا فِي يَدِ الْآخَرِ بِنُكُولِهِ . وَإِنْ تَكَلَّلَ أَحَدُهُمَا ، وَحَلَفَ الْآخَرُ ، قُضِيَ لَهُ بِجَمِيعِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا فِي يَدِهِ بِبَيِّنَةٍ ، وَمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، إِمَّا بِنُكُولِهِ ، وَإِمَّا بِبَيِّنَةٍ الَّتِي رُدَّتْ عَلَيْهِ عِنْدَ نُكُولِ صَاحِبِهِ . وَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ دُونَ الْآخَرِ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، وَتَسَاوَا ، تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَقُسِمَتِ الْعَيْنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعِيرٍ ،^(١) فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَيْنِ ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ^(٢) بِالْبَعِيرِ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَلَئِنْ كُلُّ

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : بِسَبِّ هـ .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١-١) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(٢) فِي : بَابِ الرِّجَالِ يَدْعِيَانِ شَيْئًا وَلَيْسَتْ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . مَنِ اتَّقَى دَاوُدَ ٢٧٨/٢ .

كَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْجُمُعِيُّ ٢١٧/٨ . وَابْنُ أَبِي عَرَبٍ ، فِي : بَابِ الْمُتَدَاعِينَ فَيَنَازِعَانِ ... ، مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٥٤/١٠ .

وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَاخِلٌ فِي نَصِيفِ الْعَيْنِ ، خَارِجٌ عَنْ^(٣) نَصِيفِهَا ، فَتَقْدُمُ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
فِيمَا فِي يَدِهِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، وَفِيمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ،
فَيُسْتَوِيَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُفَرِّعُ
بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ فَرَعُهُ^(٤) ، حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ^(٥) ، لَا حَقَّ لِلْآخَرِ فِيهَا ، وَكَانَتِ الْعَيْنُ^(٦)
لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِ غَيْرِهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِلْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ ، هَلْ
يُخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النُّصِيفِ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِ ، أَوْ يَكُونُ لَهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؟ فَرَوَى أَنَّهُ
يُخْلِفُ ، وَهَذَا^(٧) الَّذِي^(٨) ذَكَرَ^(٩) الْخِرَقِيُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ لِمَا تَعَارَضَتَا مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ ،
وَجِبَ إِسْقَاطُهُمَا^(١٠) ، كَالْخَبَرَيْنِ إِذَا تَعَارَضَا وَتَسَاوَا ، وَإِذَا سَقَطَا صَارَ الْمُخْلِفَانِ كَمَنْ لَا
بَيِّنَةَ لِمَا ، وَيُخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النُّصِيفِ الْمَحْكُومِ لَهُ بِهِ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ
الشَّافِعِيِّ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى الدَّاخِلِ مَعَ بَيِّنَتِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَاخِلٌ فِي
نَصِيفِهَا ، فَيُحْكَمُ لَهُ بِهِ بَيِّنَتِهِ ، وَيُخْلِفُ مَعَهَا ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى ، أَنَّ الْعَيْنَ
تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ
أَصَحُّ ؛ لِلْخَبَرِ وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَاتَيْنِ الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى الْخَبَرَيْنِ
الْمُتَسَاوِيَيْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيِّنَةٍ رَاجِحَةٌ فِي نَصِيفِ الْعَيْنِ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ . وَقَدْ
ذَكَرْنَا أَنَّ الْبَيِّنَةَ الرَّاجِحَةَ يُحْكَمُ بِهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى يَمِينٍ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَتْ إِحْدَى
الْبَيِّنَتَيْنِ أَنَّ الْعَيْنَ لِهَذَا ، وَشَهِدَتِ الْأُخْرَى بِأَنَّهَا^(١١) لِهَذَا الْآخَرِ ، تُجِبَتْ فِي مِلْكِهِ ، فَقَدْ
ذَكَرْنَا فِي التَّرْجِيحِ بِهَذَا رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَرْجُحُ بِهِ^(١٢) . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ؛

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ٥ : ٤ .

(٤) فِي ب : لَهُ الْقَرَعَةُ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(٦) فِي م : الْعَيْنُ .

(٧) فِي أ : وَهُوَ .

(٨) فِي م : ذَكَرَهُ .

(٩) فِي م : إِسْقَاطُهَا .

(١٠) فِي م : أَنَّهَا .

(١١) فِي الْأَصْلِ : تَرْجِيحُ .

لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه ، وهو ملك العين الآن ، فوجب تساويهما في الحكم . والثانية ، تقدم بينة التاج وما في معناه . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنها تتضمن زيادة علم ، وهو معرفة السبب ، والأخرى خفي عليها ذلك ، فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف ، فتقدم الأولى عليها ، كتقديم^(١٢) بينة الجرح على التعديل . وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما .

فصل : فإن شهدت^(١٣) إحداهما أنها له منذ سنة ، وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين ، فظاهر كلام الخريفي التسمية بينهما ، وهو أحد قولَي الشافعي . وقال القاضي : قياس المذهب تقديم / أقدميهما تاريخا . وهو قول أبي حنيفة ، والقول الثاني للشافعي ، ١١/١٣٤ ظ لأن المتقدم التاريخ ، أثبت الملك له في وقت لم تعارضه فيه^(١٤) البينة الأخرى ، فثبت الملك فيه ، ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان ، وتعارضت البينتان في الملك في الحال ، فسقطتا ، وبقي ملك السابق يجب استدامته ، وأن لا يثبت لغيره ملك ، إلا من جهته . ووجه قول الخريفي ، أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح ، لجواز أن يعلم به^(١٥) دون الأول ، ولهذا ذكر أنه اشتراه من الآخر ، أو وهبه له ، لقدمت بينته اتفاقا ، فإذا لم ترجح بهذا ، فلا أقل من التساوي . وقولهم : إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة . قلنا : إنما يثبت تبعا لثبوته في الحال ، ولو انفرد بأن يدعى الملك في الماضي ، لم نسمع دعواه ولا بينته ، فإن وقعت إحداهما وأطلقت الأخرى ، فهما سواء . ذكره القاضي . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت . وهو قول أبي يوسف ، ومحمد . ولنا ، أنه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره ، فوجب استواءهما ، كما لو أطلقنا ، أو استوى تاريخهما .

فصل : ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد ، ولا اشتهاير العدالة . وهذا قال أبو

(١٢) في ١ ، ب ، م ، : كتقدم .

(١٣) في م : : شهد .

(١٤) سقط من : ب .

حنيفة ، والشافعي . ويخرج أن ترجح بذلك ، مأخوذاً من قول الخرقى : ويتبع
الأعشى أو نفعهما في نفسه . وهذا قول مالك ؛ لأن أحد الخبرين يرجح بذلك ، فكذا
الشهادة ؛ لأنها خبر ، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لعلبة الظن بالمشهود به ، وإذا كثر
العدد أو قويت العدالة ، كان الظن^(١٥) به أقوى . وقال الأوزاعي : يقسم على عدد
الشهود ، فإذا شهد لأحدهما^(١٦) شاهدان ، وللآخر^(١٧) أربعة ، فسميت العين بينهما
اثلاثاً ؛ لأن الشهادة سبب الاستحقاق ، فيوزع الحق عليها . ولنا ، أن الشهادة
مقدرة ، / بالشرع ، فلا تخلف بالزيادة ، كالدية ، وتخالف الخبر ، فإنه معتقد في
قول خبر الواحد دون العدد ، فرجح بالزيادة . والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين ،
فصار الحكم متعلقاً بهما^(١٨) دون اعتبار الظن ، ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات ، لا
تقبل شهادتهن ، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكركن .
وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال ؛ لأن كل واحدة
من البيئتين حجة في المال ، فإذا اجتمعتا عارضتا ، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر
شاهد ، فبذل يمينه معه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يتعارضان ؛ لأن كل واحد منهما
حجة بمفرده ، فأشبهها الرجلين مع الرجل والمرأتين . والثاني ، يقدم الشاهدان ، لأنهما
حجة متفق عليها ، والشاهد واليمين مختلف فيها^(١٩) ، ولأن اليمين قوله لنفسه ، والبينة
الكاملة شهادة الأجنبية ، فيجب تقديمها ، كقديهما على يمين المنكير ، وهذا الوجه
أصح ، إن شاء الله . وللشافعي قولان ، كالوجهين .

فصل : وإذا كان في أيديهما دثار ، فأدعاها أحدهما كلها ، وأدعى الآخر نصفها ، ولا
بينه لهما ، فهي بينهما نصفين . نص عليه أحمد . وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه ،
ولا يمين على الآخر ؛ لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه . ولا أعلم^(٢٠) في هذا

(١٥) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) لى م : ٥ : والآخر ٤ .

(١٨) لى الأصل : ٥ : بها ٤ .

(١٩) لى م : ٥ : فيها ٤ .

(٢٠) لى م : ٥ : نعلم ٤ .

خِلَافًا . إِلَّا أَنَّهُ حُكِيَ عَنْ ابْنِ شُبْرَمَةَ ، أَنَّ لِمُدْعَى ^(٢١) الْكُلَّ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا ، لِأَنَّ النُّصْفَ لَهُ لَا يُنَازَعُ ^(٢٢) فِيهِ ، وَالنُّصْفُ الْآخَرُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ دَعْوَاهُمَا فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ يَدَ مُدْعَى النُّصْفِ عَلَى مَا يَدْعِيهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهِ مَعَ يَمِينِهِ ، كَسَائِرِ الدَّعَاوَى . فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ بِمَا يَدْعِيهِ ، فَقَدْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا ^(٢٣) فِي النُّصْفِ ، فَيَكُونُ النُّصْفُ ^(٢٤) / لِمُدْعَى الْكُلِّ ، وَالنُّصْفُ الْآخَرُ يَنْبَنِي عَلَى الْخِلَافِ فِي أَىِّ الْبَيِّنَتَيْنِ تَقْدُمُ ، وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الْمُدْعَى ، فَكَوْنُ الدَّارِ كُلِّهَا لِمُدْعَى الْكُلِّ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبِيهِ . فَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ ثَالِثٍ لَا يَدْعِيهَا ، فَالنُّصْفُ لِمُصَاحِبِ الْكُلِّ ، لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا فِي النُّصْفِ الْآخَرِ ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ ، وَكَانَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتْ وَسَقَطْنَا ، وَصَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَإِنْ قُلْنَا : تُسْتَعْمَلُ الْبَيِّنَتَانِ . أَقْرِعْ بَيْنَهُمَا ، وَقَدِّمْ مَنْ تَقَعُ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَالثَّانِي ، يُقَسَّمُ النُّصْفُ ^(٢٥) الْمُخْتَلَفُ فِيهِ ^(٢٦) بَيْنَهُمَا ، فَيَصِيرُ لِمُدْعَى الْكُلِّ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ دَارٌ ^(٢٧) فِي يَدِ ثَلَاثَةٍ ، ادَّعَى أَحَدُهُمْ ^(٢٨) نِصْفَهَا ، وَادَّعَى الْآخَرُ ثُلُثَهَا ، وَادَّعَى الْآخَرُ سُدُسَهَا ، فَهَذَا اتِّفَاقٌ مِنْهُمْ عَلَى كَيْفِيَّةٍ مِلْكِهِمْ ، وَلَيْسَ هُنَا اخْتِلَافٌ وَلَا تَجَاحُدٌ ، فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنَّ بَاقِيَ الدَّارِ وَدِيعَةٌ ، أَوْ عَارِيَّةٌ مَعِي ، وَكَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا ادَّعَاهُ مِنَ الْمِلْكِ بَيِّنَةٌ ، قَضَى لَهُ بِهِ ، لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ تُشْهِدُهُ بِمَا ادَّعَاهُ ، وَلَا مُعَارَضَ لَهَا ، وَإِنْ لَمْ تُكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ^(٢٩) بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَاقْرَأْ فِي يَدِهِ ثُلُثَهَا .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمْ جَمِيعَهَا ، وَالْآخَرُ ^(٣٠) نِصْفَهَا ، وَالْآخَرُ ثُلُثَهَا ، فَإِنْ لَمْ تُكُنْ

(٢١) ق م : المذعي .

(٢٢) ق ب ، م : منازع .

(٢٣-٢٤) ق م : فالنصف .

(٢٤-٢٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) ق ب ، م : الدار .

(٢٦) سقط من : ا .

(٢٧) في الأصل ، ب ، م : منهما .

(٢٨) ق م : وادعى الآخر .

لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ بَيِّنَةٌ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْيَمِينُ عَلَى مَا حَكِمَ لَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ
يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ثُلُثِهَا. وَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ، نَظَرْتُ؛ فَإِنْ كَانَتْ لِمُدَّعِيِ
الْجَمِيعِ، فَهِيَ لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ لِمُدَّعِيِ النُّصِيفِ، أَخَذَهُ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ،
لِمُدَّعِيِ الْكُلِّ السُّدُسُ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَيُخْلِفُ عَلَى نِصْفِ السُّدُسِ، وَيُخْلِفُ الْآخَرُ عَلَى
الرُّبْعِ الَّذِي يَأْخُذُهُ^(٢٩). جَمِيعُهُ. فَإِنْ كَانَتْ الْبَيِّنَةُ لِمُدَّعِيِ الثُّلُثِ، أَخَذَهُ، وَالْبَاقِي بَيْنَ /
الْآخَرَيْنِ، لِمُدَّعِيِ الْكُلِّ السُّدُسُ بِغَيْرِ يَمِينٍ،^(٣٠) وَيُخْلِفُ عَلَى السُّدُسِ الْآخَرِ^(٣١)،
وَيُخْلِفُ^(٣٢) الْآخَرُ عَلَى جَمِيعِ مَا يَأْخُذُهُ. وَإِنْ كَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ بِإِدِّعِيَةِ بَيِّنَةٍ، فَإِنْ قُلْنَا:
تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ. قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى الثُّلُثِ. وَإِنْ
قُلْنَا: تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْحَارِجِ. فَيَنْبَغِي أَنْ تَسْقُطَ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهَا دَاخِلَةٌ،
وَلِمُدَّعِيِ النُّصِيفِ السُّدُسُ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ خَارِجَةٌ فِيهِ، وَلِمُدَّعِيِ الْكُلِّ خَمْسَةُ أَسْدَادٍ؛ لِأَنَّ
لَهُ السُّدُسَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ؛ لِكَوْنِهِ لَا مَنَازَعَ لَهُ فِيهِ، فَإِنْ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ، وَلَهُ الثُّلَاثَانِ؛ لِكَوْنِ بَيِّنَتِهِ
خَارِجَةً عَنْهَا^(٣٣). وَقِيلَ: بَلْ لِمُدَّعِيِ الثُّلُثِ السُّدُسُ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ مُدَّعِيِ الْكُلِّ وَمُدَّعِيِ
النُّصِيفِ تَعَارَضَتَا فِيهِ، فَتَسَاقَطْنَا، وَبَقِيَ لِمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ، وَلَا شَيْءَ لِمُدَّعِيِ النُّصِيفِ؛
لَعَدِمَ ذَلِكَ فِيهِ، وَسَوَاءٌ كَانَ لِمُدَّعِيِ الثُّلُثِ بَيِّنَةٌ، أَوْ لَمْ تَكُنْ. وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ فِي يَدِ
غَيْرِهِمْ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ، فَالنُّصِيفُ لِمُدَّعِيِ الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُمْ
مَنْ يَدَّعِيهِ، وَيُفَرِّغُ بَيْنَهُمْ فِي النُّصِيفِ الْبَاقِي، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقِرْعَةُ لِصَاحِبِ الْكُلِّ، أَوْ
لِصَاحِبِ النُّصِيفِ، حَلَفَ وَأَخَذَهُ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ، حَلَفَ وَأَخَذَ الثُّلُثَ،
ثُمَّ يُفَرِّغُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ فِي السُّدُسِ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ، حَلَفَ وَأَخَذَهُ. وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمْ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ، فَالنُّصِيفُ لِمُدَّعِيِ الْكُلِّ؛ لَمَا ذَكَرْنَا، وَالسُّدُسُ الرَّابِثُ، يَتَنَازَعُهُ
مُدَّعِيِ الْكُلِّ وَمُدَّعِيِ النُّصِيفِ، وَالثُّلُثُ يَدَّعِيهِ الثَّلَاثَةُ، وَقَدْ تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَاتُ فِيهِ، فَإِنْ
قُلْنَا: تَسْقُطُ الْبَيِّنَاتُ. أَفَرَعْنَا بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ فِيمَا تَنَازَعُوا فِيهِ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ، حَلَفَ
وَأَخَذَهُ، وَيَكُونُ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ بَيِّنَةٌ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ إِذَا

(٢٩) فِي الْأَصْلِ، ب: «أَخَذَهُ».

(٣٠) (٣٠-٣٠) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ.

(٣١) فِي الْأَصْلِ تَيَادَى: «عَلَيْهِ».

(٣٢) فِي الْأَصْلِ: «عَنْهَا».

كان بالعراق . وعلى الرواية التي تقول : إذا / عَارَضَتِ الْبَيْتَاتُ ، قُسِمَتِ الْعَيْنُ بَيْنَ
الْمُتَدَاعِينَ . فَلِمُدَّعِي الْكُلِّ النِّصْفُ وَنِصْفُ السُّدُسِ الرَّائِدُ عَنِ الثَّلَاثِ وَثُلُثُ الثَّلَاثِ ،
وَلِمُدَّعِي النِّصْفِ نِصْفُ السُّدُسِ وَثُلُثُ الثَّلَاثِ ، وَلِمُدَّعِي الثَّلَاثِ ثُلُثُهُ وَهُوَ التُّسْعُ ، فَتُخْرَجُ
الْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ؛ لِمُدَّعِي الْكُلِّ النِّصْفُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ سَهْمًا^(٣٣) ، وَنِصْفُ
السُّدُسِ ثَلَاثَةٌ ، وَالتُّسْعُ أَرْبَعَةٌ ، فَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ سَهْمًا ، وَلصَاحِبِ النِّصْفِ
سَبْعَةٌ ، وَلِمُدَّعِي الثَّلَاثِ أَرْبَعَةٌ وَهُوَ التُّسْعُ . وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ قَنَادَةَ ، وَالْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ،
وَابْنِ شُبْرَمَةَ ، وَحَمَّادٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَهُوَ قَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يَأْخُذُ مُدَّعِي
الْكُلِّ النِّصْفَ ، وَيُوقِفُ الْبَاقِيَ حَتَّى يَبَيَّنَ . وَيُرْوَى هَذَا عَنْ مَالِكٍ . وَهُوَ قَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ .
وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَقَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ : تُقَسَّمُ الْعَيْنُ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ عَوْلِ الْفَرَائِضِ ،
لصَاحِبِ الْكُلِّ سِتَّةٌ ، وَلصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ ، وَلصَاحِبِ الثَّلَاثِ سَهْمَانِ ، فَتَصِحُّ مِنْ
أَحَدٍ عَشَرَ سَهْمًا . وَسُئِلَ سَهْلُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُوَيْسٍ^(٣٤) عَنْ ثَلَاثَةِ أَدْعَا كَيْسًا وَهُوَ
بِأَيْدِيهِمْ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ ، وَخَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى مَا أَدْعَاهُ ؛ أَدْعَى أَحَدُهُمْ جَمِيعَهُ ،
وَأَدْعَى آخَرُ ثَلَاثِيَهُ ، وَأَدْعَى آخَرُ نِصْفَهُ ؟ فَأَجَابَ فِيهَا^(٣٥) بِشَفِيرٍ^(٣٦) :

نَظَرْتُ أَبَا يَعْقُوبَ فِي الْحِسْبِ الَّتِي	طَرْتُ فَأَقَامَتْ مِنْهُمْ كُلُّ قَاعِدٍ
فَلِمُدَّعِي الثَّلَاثِينَ ثُلُثٌ وَلِلَّذِي	اسْتَلَاطَ جَمِيعَ الْمَالِ عِنْدَ التَّحَاشُدِ
مِنَ الْمَالِ نِصْفٌ غَيْرَ مَا سَيُونُهُ	وَحِصَّتُهُ مِنْ نِصْفِ ذَا الْمَالِ زَائِدٍ
وَلِمُدَّعِي نِصْفًا مِنَ الْمَالِ رُبْعُهُ	وَيُؤْخَذُ نِصْفُ السُّدُسِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ

وَهَذَا قَوْلٌ مَنْ قَسَمَ الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الْعَوْلِ ، فَكَانَ الْمَسْأَلَةُ عَالَتْ^(٣٧) مِنْ سِتَّةٍ^(٣٧)
إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ أَخَذَ مَخَارِجَ^(٣٨) الْكُسُورِ ، وَهِيَ سِتَّةٌ ، فَجَعَلَهَا لِمُدَّعِي الْكُلِّ ،
وَلِثَلَاثِهَا أَرْبَعَةً لِمُدَّعِي الثَّلَاثِينَ ، وَنِصْفُهَا ثَلَاثَةً ، لِمُدَّعِي النِّصْفِ ، صَارَتْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ .

(٣٣) سقط من : ١ .

(٣٤) في ب ، م : ٥ أوس . وفي الشرح الكبير ٦/ ٣٢٢ : ٥ بن أوس .

(٣٥) في ب ، م : ٥ فيهم .

(٣٦) في م زيادة : ٥ يقول .

(٣٧-٣٧) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٣٨) في م : ٥ مخرج .

فصل : / فإن كانت الدَّارُ في أيدي (٣٩) أربعة ، فادَّعى أحدهم جميعها ، والثاني

ثلاثها ، والثالث نصفها ، والرابع ثلثها ، ولا بينة لهم ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ وله رُبْعُهَا ؛ لأنه (٤٠) في يده ، والقَوْلُ قَوْلُ صاحب اليد مع يمينه . وإن أقام كُلُّ وَاحِدٍ منهم بما ادَّعاه بينة ، فُسِمَتْ بينهم أرباعاً أيضاً ؛ لأننا إن قلنا : تُقَدَّمُ بينة الدَّاخل . فكلُّ وَاحِدٍ منهم دَاخِلٌ في رُبْعِهَا ، فَتَقَدَّمُ بينته فيه . وإن قلنا : تُقَدَّمُ بينة الحَارِج . فإن الرَّجُلَيْنِ إذا ادَّعيا عَيْنًا في يدٍ غيرهما ، فأنكرهما ، وأقام كُلُّ وَاحِدٍ منهما بينة بدَّعَوَاهُ ، تعارضتا ، وأقر الشئُ في يد مَنْ هو في يده . وإن كانت الدَّارُ في يد خامس لا يدعيها ، ولا بينة لواحدٍ منهم بما ادَّعاه ، فالثُلُثُ لِمُدَّعِي الكُلِّ ؛ لأنَّ أَحَدًا لا يُنَازِعُهُ فيه ، ويُفَرِّغُ بينهم في الباقي ، فإن حَرَجَتِ القُرْعَةُ لصاحبِ الكُلِّ ، أو لِمُدَّعِي الثَّلاثين ، أخذه ، وإن وَقَعَتْ لِمُدَّعِي النِّصْفِ ، أخذه ، وأقرَّ عَيْنَ الباقيين في الباقي ، وإن وَقَعَتْ لصاحبِ الثُّلثِ ، أخذه ، وأقرَّ عَيْنَ الثَّلاثَةِ في الثُّلثِ الباقي . وهذا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ ، والشَّافِعِيُّ إِذَا كَانَ بالعِرَاق ، إلَّا أَنَّهُمْ عَبَّرُوا عنه بِعِبَارَةٍ أُخْرَى ، فقالوا : لِمُدَّعِي الكُلِّ الثُّلثُ ، ويُفَرِّغُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُدَّعِي الثَّلاثين في السُّدُسِ الزَّائِدِ عن النِّصْفِ ، ثم يُفَرِّغُ بينهما وبين مُدَّعِي النِّصْفِ في السُّدُسِ الزَّائِدِ عن الثُّلثِ ، ثم يُفَرِّغُ بَيْنَ الأربعةِ في الثُّلثِ الباقي ، ويكون الإقْرَاعُ في ثلاثة مواضع . وعلى الرُّوَايَةِ الأُخْرَى ، الثُّلثُ لِمُدَّعِي الكُلِّ ، ويُقَسِّمُ السُّدُسُ الزَّائِدُ عن النِّصْفِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُدَّعِي الثَّلاثين ، ثم يُقَسِّمُ السُّدُسُ الزَّائِدُ عن الثُّلثِ بينهما وبين مُدَّعِي النِّصْفِ اثْنَلَاثًا ، ثم يُقَسِّمُ الثُّلثُ الباقي بَيْنَ الأربعةِ أرباعاً ، ونَصِيبُ المَسْأَلَةِ مِنْ مِيتَةٍ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لصاحبِ الكُلِّ ثَلَاثُهَا اثْنَا عَشَرَ ، ونَصِيبُ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَنْ (٤١) النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ ، وَثَلَاثُ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَنْ الثُّلثِ / سَهْمَانِ ، وَرُبُعُ الثُّلثِ الباقي ثَلَاثَةٌ ، فيحصلُ لَهُ عِشْرُونَ سَهْمًا ، وهي خَمْسَةُ أَتْسَاعِ الدَّارِ . وَلِمُدَّعِي الثَّلاثين ثَمَانِيَةَ أَسْهُمٍ ، ثَمْنَانِ وَهِيَ مِثْلُ مَا لِمُدَّعِي الكُلِّ بَعْدَ الثُّلثِ الَّذِي انْفَرَدَ بِهِ ، وَلِمُدَّعِي النِّصْفِ خَمْسَةَ أَسْهُمٍ ، ثَمْنَعِ وَرُبْعُ ثَمْنَعِ ، وَلِمُدَّعِي الثُّلثِ ثَلَاثَةٌ ، نِصْفُ سُدُسٍ (٤٢) . وعلى قَوْلٍ مَنْ قَسَمَهَا عَلَى الْعَوْلِ ، هِيَ مِنْ خَمْسَةِ

(٣٩) في ١ : د يدي .

(٤٠) في م : لأنها .

(٤١) في ب ، م : د على .

(٤٢) في ب ، م : د السدس .

عشر ، لصاحب الكل سبعة ، ولصاحب الثلاثين أربعة ،^(١٣) ولصاحب النصف ثلاثة^(١٤) ،
ولصاحب الثلث سهران . وعلى قول أبي ثور ، لصاحب الكل الثلث ، ويوقف الباقي^(١٥)
حتى يتبين^(١٦) .

١٩٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَتْ الذَّائِبَةُ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهُ لَا
يَمْلِكُهَا ، وَأَنَّهَا لِأَحَدِهِمَا لَا يَعْرِفُهُ عَيْنَا ، فَرَعَ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، خَلَفَ ،
وَسُلِّمَتْ إِلَيْهِ)

وجملته أن الرجلين إذا تداخعا عينا في يد غيرهما ، ولا بيّنة لهما ، فأنكرهما ، فالقول قولُه
مع يمينه ، بخلاف تعلّمه^(٢) . وإن اعترف أنه لا يملكها ، وقال : لا أعرف
صاحبها . أو قال : هي لأحدكما ، لا أعرفه عينا . فَرَعَ^(٣) بينهما ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ،
خَلَفَ أَنَّهَا لَهُ ، وسُلِّمَتْ إليه ؛ لما روى أبو هريرة ، أن رجُلين تداخعا عينا ، لم تكن لواحد
منهما بيّنة ، فأمرهما النبي ﷺ أن يستميما على اليمين ، أحبا أم كرها . رواه أبو
داود^(٤) . ولأنهما تساويا في الدَّعْوَى ، ولا بيّنة لواحد منهما ولا يد ، والقرعة تُمَيِّزُ عند
التساوي ، كما لو اعتق عبيدا لا مال له غيرهم ، في مرضي مَوْتِهِ . وأما إن كانت لأحدهما
بيّنة ، حَكِمَ له^(٥) بها ، بخلاف تعلّمه . وإن كانت لكل واحد منهما بيّنة ، ففيه
روايتان ، ذكرهما أبو الخطّاب ؛ إحداهما ، تُسْقَطُ البَيِّنَتَانِ ، وَيَقْتَرَعُ الْمُدْعِيَانِ عَلَى
الْيَمِينِ ، كما لو لم تكن بيّنة . وهذا الذي ذكره القاضي . وهو ظاهر كلام الجرجاني ؛ لأنه

(٤٣-٤٣) سقط من : الأصل .

(٤٤-٤٤) سقط من : الأصل ، ١ .

(١) ل : ١ : أقرع .

(٢) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٣) م : أقرع .

(٤) في : باب الرجلين يدعيان شيئا وليست بينهما بيّنة ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٧٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بيّنة ، وباب القضاء بالقرعة ، من كتاب
الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٨٠ ، ٧٨٦ ، وإمام أحمد ، في : المسند ٢/٤٨٩ ، ٥٢٤ .

(٥) سقط من : ب ، م .

ذَكَرَ / الْقُرْعَةَ ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مَعَهُمَا بَيِّنَةً أَوْ لَمْ تَكُنْ . وَرَوَى هَذَا عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ^(٦) . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ ، وَقَدِيمُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَذَلِكَ لِمَا رَوَى ابْنُ الْمُسَيْبِ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فِي أَمْرٍ ، وَجَاءَ كُلُّ وَاحِدٍ ^(٧) مِنْهُمَا بِشُهُودٍ عُدُولٍ ، عَلَى عِدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فَأَسْهَمَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا . رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ ، فِي « مُسْتَدْرَكِهِ » ^(٨) . وَلِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ حُجَّتَانِ تَعَارَضَتَا ، مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى ، فَسَقَطَتَا ، كَالْخَبَرَيْنِ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تُسْتَعْمَلُ الْبَيِّنَتَانِ . وَفِي كَيْفِيَّةِ اسْتِعْمَالِهِمَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُقَسَّمُ الْعَيْنُ بَيْنَهُمَا . وَهُوَ قَوْلُ الْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَابْنِ شَبْرَمَةَ ، وَحَمَّادٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو مُوسَى ، أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعْضٍ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ لَهُ ؛ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ^(٩) . وَلِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي دَعْوَاهُ ، فَيَسَاوَيَانِ فِي قِسْمَتِهِ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تُقَدَّمُ إِحْدَاهُمَا بِالْقُرْعَةِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ قَوْلٌ رَابِعٌ ، يُوقِفُ الْأَمْرَ حَتَّى يَتَبَيَّنَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ الْأَمْرُ ، فَوَجِبَ التَّوَقُّفُ ^(١٠) ، كَالْحَاكِمِ إِذَا لَمْ يَتَضَيَّحْ لَهُ الْحُكْمُ فِي قَضِيَّتِهِ . وَلَنَا ، الْخَبْرَانِ ، وَأَنَّ تَعَارُضَ الْحُجَّتَيْنِ لَا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ ^(١١) ، كَالْخَبَرَيْنِ ، بَلْ إِذَا تَعَدَّرَ التَّرْجِيحُ ، أَسْقَطْنَاهُمَا ، وَرَجَعْنَا إِلَى دَلِيلٍ غَيْرِهِمَا . إِذَا بَتَّ هَذَا ، فَإِنَّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ تَسْقُطَانِ . أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ^(١٢) ، حَلَفَ ، وَأَخَذَهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَهَا بَيِّنَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : يُعْمَلُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ ، وَيُقَرَّرُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، أَخَذَهَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ^(١٣) ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ تُغْنِي عَنِ الْيَمِينِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : عَلَيْهِ الْيَمِينُ مَعَ الْبَيِّنَةِ ، /

(٦) انظر : ما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في البينتين إذا استوتا ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٦/ ٣٩٧ .

(٧) سقط من : م .

(٨) وأخرجه البيهقي ، في : باب المتداعين يتداعيان ... ، من كتاب الدعوى والبيانات . السنن الكبرى ١٠/ ٢٥٩ . ولم نجده في ترتيب المسند .

(٩) تقدم ترجمته ، في : صفحة ٢٨٥ .

(١٠) في ١ : التوقيف .

(١١) في ١ : م ، ١ : قرعته .

(١٢) في ١ : للشافعي .

تَرْجِيحًا لَهَا . وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم ، وإنما يظهر الفرق^(١٣) بينهما في شيء آخر ، سندكُره ، إن شاء الله تعالى .

فصل : فإن أنكرها من العين في يده ، وكانت لأحدهما يئنة ، حكم له بها . وإن أقام كل واحد منهما يئنة ، فإن قلنا : تستعمل البيئتان . أخذت العين من يده ، وقسمت بينهما ، على قول من يرى القسمة ، أو تدفع إلى من تخرج له القرعة ، على قول من يرى ذلك . وإن قلنا : تسقط البيئتان ، حلف صاحب اليد ، وأقرت في يده ، كما لو لم تكن لهما يئنة . وإن أقر بها بعد ذلك لهما ، أو لأحدهما ، قبل إقراره . وإن أقر بها في الابتداء لأحدهما ، صار المقر له صاحب اليد ؛ لأن من هي في يده مُقَرَّباً يده نابتة عن يده . وإن أقر لهما جميعاً ، فاليد لكل واحد منهما ، في الجزء الذي أقر له به ، لذلك .

فصل : وإن تداعيا عينا في يد غيرهما ، فقال : هي لأحدهما^(١٤) لا أعرفه عينا . أو قال : لا أعرف صاحبها ، أهر أحدكما أو غيركما . أو قال : أودعنيها أحدكما . أو : رجل^(١٥) لا أعرفه عينا . فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أنني صاحبها ، أو أنني الذي أودعْتُكها ، وطلب^(١٦) يمينه ، لزمه أن يخلف له ؛ لأنه لو أقر له ، لزمه تسليمها إليه ، ومن لزمه الحق مع الإقرار ، لزمته اليمين مع الإنكار ، ويخلف على ما ادعاه من^(١٧) نفى العلم . وإن صدقاه ، فلا يمين عليه . وإن صدقه أحدهما ، حلف للآخر . وإن أقر بها لواحد منهما ، أو غيرهما ، صار المقر له صاحب اليد . فإن قال غير المقر له : أخلف لي أن العين ليست ملكي ، أو أنني لست الذي أودعْتُكها . لزمته^(١٨) اليمين على ما ادعاه من ذلك ؛ لما ذكرنا . وإن تكلم عن اليمين ، قضى عليه بيمينتها . وإن اعترف بها لهما ،

(١٣) في الأصل ، أ ، ب : : الحكم .

(١٤) في أ ، ب ، م : : لأحدكما .

(١٥) في أ : : ورجل .

(١٦) في م : : أو طلبت .

(١٧) في ب : : في .

(١٨) في الأصل ، ب ، م : : لزمه .

كَانَ الْحُكْمُ فِيهَا كَالْوُكُوفِ فِي أَيْدِيهِمَا ابْتِدَاءً ، وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ لِكُلِّ وَاحِدٍ / مِنْهُمَا فِي التَّصْنِيفِ
الْمَحْكُومِ بِهِ لِصَاحِبِهِ ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْيَمِينُ لِصَاحِبِهِ ^(١٩) فِي التَّصْنِيفِ الْمَحْكُومِ لَهُ
بِهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ دَارٌ ، فَأَدْعَاهَا نَفْسَانٌ ، قَالَ أَحَدُهُمَا : أَجَرْتُكَهَا . وَقَالَ
الْآخَرُ : هِيَ دَارِي أُعَرِّتُكَهَا . أَوْ قَالَ : هِيَ دَارِي وَرَثَتُهَا مِنْ أُنَى . أَوْ قَالَ : هِيَ دَارِي . وَلَمْ
يَذْكُرْ شَيْئًا آخَرَ ، فَأَنْكَرَ هَا صَاحِبُ الْيَدِ ، وَقَالَ : هِيَ دَارِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ .
وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيْتَةٌ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا ادَّعَاهُ بَيْتَةً ،
تَعَارَضَا ^(٢٠) ، وَكَانَ الْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيهِمَا مَضْنَى ، إِلَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي تُقَدِّمُ فِيهَا الْبَيْتَةَ
الشَّاهِدَةَ بِالسَّبَبِ ، فَإِنَّ بَيْتَةَ مَنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَرَثَتُهَا مُقَدَّمَةٌ ؛ لِشَهَادَتِهَا بِالسَّبَبِ . وَإِنْ أَقَامَ
أَحَدُهُمَا بَيْتَةً أَنَّهُ ^(٢١) غَصَبَهُ لِبَاهَا ^(٢٢) مِنْهُ ، وَأَقَامَ الْآخَرُ بَيْتَةً أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِهَا ، فَهِيَ لِلْمَغْصُوبِ
مِنْهُ ، وَلَا تَعَارَضُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُمَكِّنٌ ، بَأَنَ يَكُونَ غَصَبُهَا مِنْ هَذَا ، وَأَقَرُّهَا
لِغَيْرِهِ ، وَإِقْرَارُ الْعَاصِبِ بِاطِلٍ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَتُذْفَعُ إِلَى الْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، وَلَا
يَقْرَرُ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ مَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَإِنَّمَا حَالَ الْبَيْتَةُ بَيْنَهُمَا . وَلَوْ أَقَرَّ بِهَا
لأَحَدِهِمَا ، وَأَقَرَّ ^(٢٣) أَنَّهُ غَصَبَهَا مِنْ غَيْرِهِ ، لَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا إِلَى مَنْ أَقَرَّ لَهُ بِهَا أَوَّلًا ، وَلَزِمَهُ ^(٢٤)
غَرَامَتُهَا لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا بِإِقْرَارِهِ الْأَوَّلِ ^(٢٥) .

فصل : نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلَيْنِ ثَوْبَيْنِ ، أَحَدَهُمَا
بِعَشْرَةٍ وَالْآخَرَ بِعَشْرَيْنِ ، ثُمَّ لَمْ يَدْرِ أَيُّهُمَا ثَوْبٌ هَذَا مِنْ ثَوْبٍ هَذَا ، فَأَدَّعَى أَحَدُهُمَا ثَوْبًا مِنْ
هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ ، يَعْنِي وَادَّعَاهُ الْآخَرُ ، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَأَيُّهُمَا أَصَابَتْهُ الْقَرْعَةُ حَلَفَ وَكَانَ
الثَّوْبُ الْجَيِّدُ لَهُ ، وَالْآخَرُ لِلْآخَرِ . وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا تَنَازَعَا عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا .

(١٩) سقط من : ١ .

(٢٠) ق م : تعارضا .

(٢١-٢٢) ق م : غصبا .

(٢٣) ق م : أو أقر .

(٢٤) ق ١ : ولزمته .

(٢٥) ق ١ : للأول .

فصل : إذا تَدَاعَى عَيْنَا ، قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : هَذِهِ الْعَيْنُ لِي ، اشْتَرَيْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بِمَائَةٍ ، وَتَقَدَّرَتْهُ / إِيَّاهَا . وَلَا بَيِّنَةٌ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنْ أَنْكَرَ هَا زَيْدٌ ، حَلَفَ ، وَكَانَتِ الْعَيْنُ لَهُ . ١١/١٣٩ ط

وإن أقرَّ بها لأحدهما ، سَلَّمَهَا إِلَيْهِ ، وَحَلَفَ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقَرَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَصْفِهَا ، سَلَّمْتُ إِلَيْهَا ، وَحَلَفَ لِكُلِّ^(٢٥) وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَصْفِهَا . وَإِنْ قَالَ : لَا أَعْلَمُ لِمَنْ هِيَ مِنْكُمَا . أَقْرِعْ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ وَأَخَذَهَا . وَإِنْ حَلَفَ الْبَائِعُ أَنَّهَا لَهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا لِأَحَدِهِمَا ، سَلَّمْتُ^(٢٦) إِلَيْهِ ، ثُمَّ إِنْ أَقَرَّ بِهَا لِلْآخَرِ ، لَزِمَهُ^(٢٧) عَرَامَتُهَا . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا ادَّعَاهُ بَيِّنَةٌ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ مُؤَرِّخَتَيْنِ بَتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي الْمَحْرَمِ ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي صَفَرٍ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ بِدَعْوَاهُ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ بَاعَهَا لِلأَوَّلِ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهَا ، فَيَكُونُ بَيْعُهُ فِي صَفَرٍ بَاطِلًا ، لِكُونِهِ بَاعٌ مَا لَا يَمْلِكُهُ ، وَبَطَالُ بَرْدِ الثَّمَنِ . وَإِنْ كَانَتَا مُؤَرِّخَتَيْنِ بَتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، لَتَعَذَّرَ الْجَمْعُ ، فَيَنْظَرُ فِي الْعَيْنِ ، فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، اثْبَتَى ذَلِكَ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيِّنَةِ الدَّخِيلِ وَالْخَارِجِ ، فَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الدَّخِيلِ ، جَعَلَهَا لِمَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، وَمَنْ قَدَّمَ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، جَعَلَهَا لِلْخَارِجِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَقُلْنَا : تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ . رُجِعَ إِلَى الْبَائِعِ ، فَإِنْ أَنْكَرَ هَا ، حَلَفَ لَهَا ، وَكَانَتْ لَهُ ، وَإِنْ أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ، سَلَّمْتُ إِلَيْهِ ، وَحَلَفَ لِلْآخَرِ ، وَإِنْ أَقَرَّ لَهَا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَصْفِهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَهَا بَيِّنَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ . لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى إِنْكَارِهِ وَلَا اغْتِرَافِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ رِوَايُ مِلْكِهِ ، وَأَنْ يَدَهُ لَا حُكْمَ لَهَا ، فَلَا حُكْمَ لِقَوْلِهِ ، فَمَنْ قَالَ : يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا .^(٢٨) أَقْرِعْ بَيْنَهُمَا^(٢٨) ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فَهِيَ لَهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا

(٢٥) ق ب ، م ، ذ : الكل .

(٢٦) ق ب : سلمها .

(٢٧) ق ب ، م ، ذ : لزمت .

(٢٨-٢٨) سقط من : ب .

سَوَى هذا . ومن قال : تُقَسَّمُ بينهما . قَسِمَتْ . وهذا ذكره / أبو الخطاب . وقد نصَّ عليه أحمد ، في رواية الكُوسَج ، في رجلٍ أَقَامَ الْبَيْتَةَ أَنَّهُ اشْتَرَى سِلْعَةً بِمِائَةِ ، وَأَقَامَ الْآخَرُ بَيْتَهُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِمِائَتَيْنِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ نِصْفَ ^(٢٩) السِّلْعَةِ يَنْصِفُ الثَّمَنِ ، فَيَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ . وحمل القاضي هذه الرواية ، على أَنَّ الْعَيْنَ فِي أَيْدِيهِمَا ، أو على أَنَّ الْبَايِعَ أَقْرَبُ لَهَا جَمِيعًا . وإطلاق الرواية يُدَلُّ على صِحَّةِ قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ . فعلى هذا ، إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا لَا يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي إِلَّا بَقْبُضِهِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبَعْضَتْ عَلَيْهِ . فَإِنْ اخْتَارَا الْإِمْسَاكَ ، رَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْصِفُ الثَّمَنِ ، وَإِنْ اخْتَارَا الْفَسْخَ رَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ اخْتَارَا أَحَدُهُمَا الْفَسْخَ ، تَوَفَّرَتِ السِّلْعَةُ كُلُّهَا عَلَى الْآخَرِ ، لِأَنَّ الْيَكُونَ الْحَاكِمَ قَدْ حَكَمَ لَهُ يَنْصِفُ السِّلْعَةَ وَيَنْصِفُ الثَّمَنِ ، فَلَا يُعَوِّذُ النَّصْفُ الْآخَرَ إِلَيْهِ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ فِي كُلِّ مَبِيعٍ .

فصل : إِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ زَيْدٍ بِمِائَةٍ ، وَهِيَ مِلْكُهُ ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ عَمْرٍو ، وَهِيَ مِلْكُهُ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٣٠) بَدْعَوَاهُ بَيْتَهُ ، فَهَذِهِ تَشْبِيهُ التِّي قِيلَ لَهَا فِي الْمُعْتَى ، فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِ الْمُشْتَرَيْنِ ، انْتَبَى ذَلِكَ عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي تَقْدِيمِ بَيْتَةِ الدَّاحِلِ وَالْخَارِجِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدَيْهِمَا ^(٣١) ، قَسِمَتْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ بَيْتَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَاخِلَةٌ فِي أَحَدِ النَّصْفَيْنِ ، خَارِجَةٌ فِي النَّصْفِ الْآخَرِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِ الْبَايِعَيْنِ ، فَأُنْكَرَها ، وَادَّعَاهَا لِنَفْسِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطُ الْبَيْتَانِ . حَلَفَ ، وَكَانَتْ لَهُ . وَإِنْ أَقْرَبُهَا لِأَحَدِهِمَا ، صَارَ الدَّاحِلُ ، لِأَنَّ يَمُرُّ لَهُ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهَا لَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا ^(٣٢) بِالْقَرْعَةِ . فَهِيَ لِمَنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقَرْعَةُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا . ^{١٤٠/١١} قَسِمَتْ ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْصِفُ / ثَمَنِهَا . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، أَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي مُقْرَأً بِقَبْضِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَا رُجُوعَ

(٢٩) في م : : النصف من .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في م : : أيديهما .

(٣٢) في م : : إحداهما .

بشئٍ من الثَّمَنِ ؛ لا غِثْرَافَهُ بِسُقُوطِ الضَّمَانِ عَنِ الْبَائِعِ ، وإنْ كان من المَكِيلِ والمُوزُونِ ، ولم يُقْبَضْ ، فَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ وَالْإِنْصَاءِ ، فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا الْفَسْخَ ، لم يتَوَفَّرِ السَّيْبُ عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ اثْنَانِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : ولو كان في يَدِ رَجُلٍ دَارٌ ، فادَّعى عليه رَجُلَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهُ غَصَبَهَا مِنْهُ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، فَالْحُكْمُ فِي هَذِهِ كَالْحُكْمِ فِيهَا إِذَا ادَّعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّنِي اشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . وَإِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا ، أَوْ كَانَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا ، تُعَارِضَتَا ، وَإِنْ تَقَدَّمَ^(٣٣) تَارِيخُ إِحْدَاهُمَا ، فَهَلْ تُرْجَحُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهِينِ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ أَقْرَبُ بَعْضُهُ^(٣٤) مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، لَزِمَهُ دَفْعُهُ^(٣٥) إِلَى الَّذِي أَقْرَبَ لَهُ بِهِ^(٣٦) أَوَّلًا ، وَيُغْرَمُ قِيمَتُهُ^(٣٧) لِلْآخَرِ .

فصل : فَإِنْ ادَّعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهَا مِنِّي^(٣٨) بِالْأَلْفِ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَاتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ^(٣٩) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(٣٩) : اشْتَرَاهَا مِنِّي مَعَ الزَّوَالِ ، يَوْمَ كَذَا . لِيَرْمِ وَاحِدٌ ، فَهُمَا مُتَعَارِضَتَانِ . فَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطَانِ . رُجِعَ إِلَى قَوْلِ^(٤٠) الْمُدَّعى عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَكْثَرَهُمَا ، حَلَفَ لَهَا ، وَبَرِيءٌ . وَإِنْ أَقْرَبَ لِأَحَدٍ هُمَا ، فعليه له الثَّمَنُ ، وَيُخْلِفُ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقْرَبَ لَهَا مَعًا^(٤١) ، فعليه لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الثَّمَنُ^(٤١) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنْ أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ يَهْبِهَا لِلْآخَرِ وَيَشْتَرِيَهَا مِنْهُ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتَهَا مِنْكُمَا صَفَقَةً وَاحِدَةً بِالْأَلْفِ . فَقَدْ أَقْرَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْصِفُ الثَّمَنَ ، وَلَهُ أَنْ يُخْلِفَهُ عَلَى الْبَاقِي . وَإِنْ قُلْنَا : يُقْرَعُ

(٣٣) ق م : قدم .

(٣٤) ق م : بغصبها .

(٣٥) ق م : دفعها .

(٣٦) ق م : بها .

(٣٧) ق م : قيمتها .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩-٣٩) سقط من : الأصل ، ب .

(٤٠) سقط من : أ .

(٤١) ق ب : البين .

بينهما^(٤٢) : فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، وَجَبَ لَهُ الثَّمَنُ ، وَيُخْلَفُ لِلْآخَرِ ، وَيَبْرَأ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقَسَّمُ^(٤٣) . قُسِمَ الثَّمَنُ بينهما ، وَيُخْلَفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْبَاقِي . وَإِنْ كَانَ الْتَارِيحَانِ مُحْتَظَمَيْنِ ، أَوْ كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ ، وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةٌ ، ثَبَتَ الْعَقْدَانِ ، وَلَزِمَهُ الثَّمَانُ / ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنْ أَحَدِهِمَا ثُمَّ يَمْلِكُهَا الْآخَرُ ، فَيَشْتَرِيهَا مِنْهُ ، وَإِذَا أُمِكَنَ صِدْقُ الْبَيْتَيْنِ وَالْجَمْعُ بينهما ، وَجَبَ تَصْدِيقُهُمَا . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ قُلْتُمُ إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْبَائِعُ وَاحِدًا وَالْمُشْتَرِي اثْنَيْنِ^(٤٤) ، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ^(٤٥) فِي الْمَحْرَمِ ، وَأَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ^(٤٦) فِي صَفَرٍ ، يَكُونُ الشَّرَاءُ^(٤٧) الثَّانِي بَاطِلًا ؟ قُلْنَا : لِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلأَوَّلِ ، لَمْ يُطِيلْهُ بَأَنْ يَبِيعَهُ الثَّانِي ثَانِيًا ، وَفِي مَسَائِلِنَا ثُبُوتُ شِرَائِهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُطِيلُ مِلْكَهُ ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ ثَانِيًا مِلْكَ نَفْسِهِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ الْبَائِعُ مَا لَيْسَ لَهُ^(٤٨) ، فَافْتَرَقَا . فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا كَانَتِ الْبَيْتَانِ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ تَارِيخُهُمَا وَاحِدًا ، فَيَتَعَارَضَانِ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، فَلَا تُشْغَلُ^(٤٩) بِالشَّكِّ . قُلْنَا : إِنَّهُ^(٥٠) مَتَى أُمِكَنَ صِدْقُ الْبَيْتَيْنِ ، وَجَبَ تَصْدِيقُهُمَا ، وَلَمْ يَكُنْ ثَمَّ شَكٌّ ، وَإِنَّمَا يَبْقَى الرَّوْمُ ، وَالرَّوْمُ لَا تَبْطُلُ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، لِأَنَّهَا لَوْ بَطَلَتْ بِهِ ، لَمْ يَنْبُتْ بِهِ^(٥١) حَقٌّ أَصْلًا ، لِأَنَّهُ مِمَّنْ بَيِّنَةٌ أَلَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ كَازِبَةً ، أَوْ غَيْرَ عَادِلَةٍ ، أَوْ مُتَّهَمَةٍ ، أَوْ مُعَارَضَةٍ ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى هَذَا الرَّوْمِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : إِذَا مَاتَ رَجُلٌ ، فَشَهِدَ رَجُلَانِ أَنَّ هَذَا الْعَلَامَ ابْنُ هَذَا الْمَيِّتِ ، لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا

(٤٢) فِي الزَّيَادَةِ : يَفْرَعُ .

(٤٣) فِي الزَّيَادَةِ : بَيْنَهُمَا .

(٤٤) فِي النِّسْخِ : اِثْنَانِ .

(٤٥) فِي ب ، م : اشْتَرَاهَا .

(٤٦) فِي م : اشْتَرَاهَا .

(٤٧) فِي ب : شَرَاهُ .

(٤٨) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٤٩) فِي أ ، ب ، م : تَشْغَلُ .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٥١) فِي م : يَهَا .

سِوَاهُ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ لَآخَرَ أَنَّ هَذَا الْغُلَامَ ابْنُ هَذَا الْمَيْتِ ، لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا سِوَاهُ ، فَلَا تَعَارِضَ بَيْنَهُمَا ، وَثَبَتَ^(٥٢) نَسَبُ الْغُلَامَيْنِ مِنْهُ ، وَيَكُونُ الْإِرْثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ نَعْلَمَ كُلَّ بَيِّنَةٍ مَا لَمْ نَعْلَمْهُ الْآخَرَى .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَبْدًا فِي يَدِ آخَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ، وَادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ اعْتَقَهُ ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، فَأُنْكِرْهُمَا ، حَلَفَ لهما ، وَالْعَبْدُ لَهُ . وَإِنْ أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ، ثَبَتَ مَا أَقَرَّ لَهُ^(٥٣) بِهِ^(٥٤) ، وَيُحْلِفُ لِلْآخَرِ . وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، ثَبَتَ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بَدْعَوَاهُ ، وَكَانَتَا مُؤَوَّخَتَيْنِ بِنَارِ بَيِّنَتَيْنِ مُحْتَلِفَتَيْنِ ، قَدَّمْنَا الْأُولَى^(٥٥) ، وَبَطَلَتِ الْآخَرَى ؛ لِأَنَّهُ إِنْ سَبَقَ الْعِتْقُ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْحُرِّ لَا يَصِحُّ ، وَإِنْ سَبَقَ الْبَيْعُ ، لَمْ يَصِحَّ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَ غَيْرِهِ . فَإِنْ قِيلَ : يَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ فَأَعْتَقَهُ . قُلْنَا : قَدْ ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرَى ، فَلَا يَبْطُلُهُ عِتْقُ الْبَائِعِ . وَإِنْ كَانَتَا مُؤَوَّخَتَيْنِ بِنَارِ بَيْعٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ ، تَعَارَضَتَا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَرْجِيحَ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى . فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرَى ، إِنْتَبَى ذَلِكَ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاحِلِ أَوْ الْخَارِجِ^(٥٦) ، فَإِنْ قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاحِلِ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرَى ، وَإِنْ قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، قَدَّمَ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَقُلْنَا : إِنْ الْبَيِّنَتَيْنِ تَسْقِطَانِ بِالتَّعَارُضِ ، صَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ،^(٥٧) وَيَرْجِعُ إِلَى السَّيِّدِ^(٥٨) ، فَإِنْ أَنْكَرْهُمَا ، حَلَفَ لهما ، وَإِنْ أَقَرَّ بِالْعِتْقِ ، ثَبَتَ ، وَلَمْ يَحْلِفِ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ مَا أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، فَلَا فَائِدَةٌ فِي إِخْلَافِهِ ، وَيُحْلِفُ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرَى . وَإِنْ أَقَرَّ لِلْمُشْتَرَى ثَبَتَ الْمِلْكُ لَهُ^(٥٩) ، وَلَمْ يَحْلِفِ لِلْعَبْدِ^(٦٠) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ لَهُ أَنَّهُ

(٥٢) ق ١ ، ب : د : وثبت .

(٥٣) سقط من : الأصل ، أ .

(٥٤) سقط من : ب .

(٥٥) ق م : د : الأول .

(٥٦) ق م : د : والخارج .

(٥٧-٥٨) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٥٨) سقط من : م .

(٥٩) ق م : د : العبد .

كَانَ أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ غُرْمٌ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي إِخْلَافِهِ . وَإِنْ قُلْنَا^(٦٠) : تَرْجُحُ^(٦١) إِخْدَى الْيَمِينِ بِالْقُرْعَةِ قَرَعْنَا^(٦٢) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ ، قَدَّمْنَاهُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ . فَعَلَى هَذَا ، يَخْلُفُ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقَسَّمُ . قَسَمْنَا الْعَبْدَ ، فَجَعَلْنَا نِصْفَهُ مَبِيعًا وَنِصْفَهُ حُرًّا ، وَيَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى جَمِيعِهِ إِنْ كَانَ الْبَائِعُ مُوسِرًا ، لِأَنَّ الْبَيْتَةَ قَامَتْ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ مُحْتَارًا ، وَقَدْ ثَبَتَ الْعِتْقُ فِي نِصْفِهِ بِشَهَادَتِهِمَا .

فصل : إِذَا ادَّعى رَجُلٌ زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ ، فَأَقَرَّتْ بِذَلِكَ ، قَبْلَ إِقْرَارِهَا ، لِأَنَّهَا أَقَرَّتْ عَلَى نَفْسِهَا وَهِيَ غَيْرُ مُتَّهِمَةٍ ، فَإِنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ ، لَمْ تُنْتَفِعْ مِنْهُ . وَإِنْ أَدْعَاهَا اثْنَانِ ، فَأَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ^(٦٣) يَقْبَلْ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ يَدْعِي مَلَكًا نِصْفِهَا ، وَهِيَ مُعْتَرِفَةٌ أَنَّ ذَلِكَ قَدْ مَلَكَ عَلَيْهَا ، فَصَارَ إِقْرَارُهَا بِحَقِّ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُتَّهِمَةٌ ، فَإِنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ ابْتِدَاءَ تَرْوِيجٍ أَحَدٍ / الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ قَبْلَ الْإِفْصَالِ مِنْ دَعْوَى الْآخَرِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ دَعَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ ، فَأَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا ، قَبْلَ : قُلْنَا : لَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ بِإِقْرَارِهِ فِي الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا يَجْعَلُهُ كصَاحِبِ الْيَدِ ، فَيَخْلُفُ ، وَالنِّكَاحُ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْيَمِينِ ، فَلَمْ يَنْفَعِ الْإِقْرَارُ بِهِ هَهُنَا ، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ^(٦٤) بَيْتَةٌ ، حُكِمَ لَهُ^(٦٥) بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَةَ حُجَّةٌ فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَسَقَطَتَا ، وَحِيلَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَهَا^(٦٦) ، وَلَا يَرْجُحُ أَحَدُ الْمُتَدَاعِيَيْنِ بِإِقْرَارِ الْمَرْأَةِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلَا يَكُونُهَا فِي بَيْتِهِ وَيَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَثْبُتُ عَلَى حُرَّةٍ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْقِسْمَةِ هَهُنَا ، وَلَا إِلَى الْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْمَعُ الْقُرْعَةَ مِنَ^(٦٧) الْيَمِينِ ، وَلَا مَذْخَلَ لَهَا^(٦٨) فِي النِّكَاحِ .

(٦٠) ق م زيادة : « وَإِنْ قُلْنَا : يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجع باعترافه لأن ملكه قد زال فإن » .

(٦١) في الأصل : « ترجيح » .

(٦٢) ق م : « أقرعنا » .

(٦٣) ق ب : « لا » .

(٦٤) ق ب ، م : « المتداعين » .

(٦٥) سقط من : ب .

(٦٦) سقط من : م .

(٦٧) ق ١ : « في » .

(٦٨) ٦٨-٦٨ سقط من : الأصل ، أ ، ب .

فصل: إذا قال السيد لعبيده: **إِنْ قُتِلْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ** . ثم مات ، فادَّعى العبد أنه قُتِلَ ، وأكَّـرَ الورثة ، فالقول قولهم مع أيماهم ؛ لأن الأصل عدم القتل ، فإن أقام بيَّنة بدَّعواه ، عتق ، وإن أقام الورثة بيَّنة بموته ، قدَّمت بيَّنة العبد ، في أحد الوجهين ؛ لأنها تشهد بزيادة ، وهي القتل . والثاني ، تتعارضان ؛ لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى ، فيبقى على الرُّق . وإن قال : إن ميت في رمضان ، فعبيد سالم حرٌّ ، وإن ميت في شوال فعبيد غانم حرٌّ . ثم مات ، فادَّعى كل واحد منهما موته ^(٦٩) في الشهر الذي يفتق بموته ^(٧٠) فيه ، وأكَّـرَهما الورثة ، فالقول قولهم مع أيماهم . وإن أقروا لأحدهما ، عتق بإقرارهم . وإن أقام كل واحد منهما بيَّنة بموجب عتقه ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، تُقدِّم بيَّنة سالم ؛ لأن معها زيادة علم ، فإنها أثبت ما يجوز أن يخفى على البيَّنة الأخرى ، وهو موته في رمضان . والثاني ، يتعارضان ، ويبقى العبدان على الرُّق ؛ لأنهما سقطا ، فصارا ، كمن لا بيَّنة لهما . والثالث ، يُقرَّع بينهما ، فيعتق من تقع له القرعة ، وإن قال : إن برئت من مرضى هذا ^(٧١) ، فسالم حرٌّ ، وإن ميت منه ، فغانم حرٌّ . فمات ، / وادَّعى ١٤٢/١١

كل واحد منهما بموجب عتقه ، أقرَّع بينهما ، فمن خرجت له القرعة ، عتق ؛ لأنه لا يخلو من أن يكون برًّا أو لم يبرأ ، فيعتق أحدهما على كل حال ، ولم تعلم عنه فيخرج بالقرعة ، كالمو اعتق أحدهما ، فأشكَلَ علينا . ويَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدِّمَ قَوْلَ غَانِمٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمَ الْبَرِّ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمُوجِبِ عَتْقِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَتَعَارَضَانِ ، وَيَبْقَى الْعَبْدَانِ عَلَى الرُّقِّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُكَذِّبُ الْأُخْرَى ، وَتُثَبِّتُ زِيَادَةَ تَنْفِيهِ الْأُخْرَى . وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْقَوْلُ ؛ لِأَنَّ التَّعَارُضَ أَثَرُهُ فِي اسْتِقَاطِ الْبَيِّنَتَيْنِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُونَا أَصْلًا لَعَتَقَ أَحَدُهُمَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَتَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدِي الْحَاثِنَيْنِ اللَّتَيْنِ عَلَتْ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَتَقُ أَحَدِهِمَا ، فَيَلْزَمُ وَجُودُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَابًا ، فَسَالِمٌ حُرٌّ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَغَانِمٌ حُرٌّ . وَلَمْ يُعْلَمْ حَالُهُ ، وَلَكِنْ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الطَّائِرِ ؛ لِأَنَّ ^(٧٢) الْبَيِّنَتَيْنِ إِذَا تَعَارَضَتَا

(٦٩-٦٩) سقط من ١ : نقل نظر .

(٧٠) سقط من ١ :

(٧١) في ١ ، ب : د : ولأن ١ .

قَدَّمَتْ إِحْدَاهُمَا بِالْقَرْعَةِ ، فِي رِوَايَةٍ . وَالثَّانِي ، تُقَدَّمُ بَيْتُهُ سَالِمٌ ؛ لِأَنَّهَا شَهِدَتْ بِزِيَادَةِ ، وَهِيَ الْبُرءُ . وَإِنْ أَقَرَّ الْوَرْتَةَ لِأَحَدِهِمْ ، عَتَقَ بِأَقْرَارِهِمْ ، وَلَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْآخَرِ مِمَّا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ الثَّانِي عَدْلَانِ مِنْهُمْ بِذَلِكَ ، مَعَ اثْتِمَاءِ التَّهْمَةِ ، فَيَعْتَقُ وَحْدَهُ إِذَا لَمْ تُكُنْ لِلْآخَرِ بَيْتَةٌ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى سَالِمٌ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ، وَادَّعَى عَبْدُهُ الْآخَرُ غَانِمٌ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلُثٌ ^(٧٢) مَالِهِ ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَدْعُوَاهُ بَيْتَةً ، فَلَا تَعَارُضُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ مَا شَهِدَتْ بِهِ كُلُّ بَيْتَةٍ لَا يَنْفِي مَا شَهِدَتْ بِهِ الْآخَرَى ، وَلَا تُكَذِّبُ إِحْدَاهُمَا الْآخَرَى ، فَيُبْتَأُ إِعْتَاقُهُ لِهَاجَةِ الْوَاقِعِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَتِ الْبَيْتَانِ مُوَرَّخَتَيْنِ بَتَارِيخَيْنِ مُحْتَمِلَتَيْنِ / ، عَتَقَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا . وَرَقُّ الثَّانِي ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ ^(٧٣) الْوَرْتَةَ ؛ لِأَنَّ الْعَرِيضَ إِذَا تَبَرَّعَ بِتَبَرُعَاتٍ ، يَجْزَى ثُلُثُهُ عَنْ جَمِيعِهَا ، قَدَّمَ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلُ ^(٧٤) ، وَإِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا ، أَوْ أَطْلَقْنَا ، أَوْ إِحْدَاهُمَا ، فَهِيَ سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى ، فَيَسْتَوِيَانِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقَرْعَةُ ، عَتَقَ ، وَرَقُّ الْآخَرِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ ^(٧٥) الْوَرْتَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو ؛ مِنْ ^(٧٦) أَنْ يَكُونَ أَعْتَقَهُمَا مَعًا ، فَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الْعَبِيدِ السَّيِّئَةِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ سَيِّدُهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ^(٧٧) ، أَوْ يَكُونَ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، وَأَشْكَلَ عَلَيْنَا ، فَيُخْرَجُ بِالْقَرْعَةِ ، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الطَّائِرِ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ . وَهُوَ قَوْلٌ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى التَّعْدِيلِ بَيْنَهُمَا فِي الْقَرْعَةِ ، قَدْ يَرَى السَّابِقُ الْمُسْتَحِقُّ لِلْعَتَقِ ، وَيَعْتَقُ الثَّانِي الْمُسْتَحِقُّ لِلرَّقِّ ، وَفِي الْقِسْمَةِ لَا يَخْلُو الْمُسْتَحِقُّ لِلْعَتَقِ مِنْ حُرِّيَّةٍ ، وَلَا الْمُسْتَحِقُّ لِلرَّقِّ مِنْ رَقٍّ ، وَلِذَلِكَ قَسَمْنَا الْمُخْتَلَفَ فِيهِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، إِذَا تَعَارَضَتْ بِهِ بَيْتَانِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ شُبْهَةٍ بِإِحْدَى الصُّورَتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا . وَالْقَرْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ فِي الْقَرْعَةِ اخْتِمَالٌ لِرُقَاقِ ^(٧٨) الْحَرِّ . قُلْنَا : فِي الْقِسْمَةِ لِرُقَاقِ نِصْفِ الْحُرِّ يَقِينًا ، وَتَحْرِيرُ نِصْفِ الرَّقِيقِ يَقِينًا ، وَهُوَ أَغْظَمُ ضَرَرًا . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا الثُّلُثُ ، وَقِيمَةُ الْآخَرِ ذَوْنُ

(٧٢) سقط من : ١ .

(٧٣) في الأصل : بخير .

(٧٤) في الأصل : إما .

(٧٥) تقدم ترجمته ، في : ٣٩٥/٨ .

(٧٦) في م نهادة : نصف .

الثَلَاثِ ، فكان الأولُ أو الذي خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ الثَلَاثُ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ . وإن كان هو
 الناقِصَ عن الثَلَاثِ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخَرِ ثَمَامُ الثَلَاثِ . وإن كان لأحدهما بَيِّنَةٌ ، ولا بَيِّنَةٌ
 للآخر ، أو بَيِّنَتُهُ فَاسِقَةٌ ، عَتَقَ صَاحِبُ الْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةُ ، وَرَقَّ الْآخَرُ . وإن كان لكل واحدٍ
 منهما بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، إلَّا أَنْ إِحْدَاهُمَا تَشْهَدُ أَنَّهُ أَعْتَقَ سَالِمًا فِي مَرَضِهِ ، وَالْأُخْرَى تَشْهَدُ بِأَنَّهُ
 وَصَّى بِعَتَقِ / غَانِمٍ ، وَكَانَ سَالِمٌ ثَلَاثَ الْمَالِ ، عَتَقَ وَخَذَهُ وَوَقَّفَ عَتَقَ غَانِمٍ عَلَى إِجَارَةِ ١١/١٤٣ ظ
 الْوَرَقَةِ ؛ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ يُقَدِّمُ عَلَى الْوَصِيَّةِ . وإن كان سَالِمٌ أَقْلٌ مِنَ الثَلَاثِ ، عَتَقَ مِنْ غَانِمٍ ثَمَامُ
 الثَلَاثِ . وإن شَهِدَتْ إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ وَصَّى بِعَتَقِ سَالِمٍ ، وَشَهِدَتِ الْآخْرَى أَنَّهُ وَصَّى بِعَتَقِ
 غَانِمٍ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَيُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، سَوَاءً اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا أَوْ اخْتَلَفَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ يَسْتَوِي
 فِيهَا الْمُتَقَدِّمُ وَالْمُتَأَخِّرُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى : يَغْتَقُ (٧٧) نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ (٧٧) مِنْهُمَا
 بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا وَالْآخَرُ حُرًّا ، وَلَا كَذَلِكَ هُنَا ،
 فَيَجِبُ أَنْ تُقَسَّمِ الْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمَا ، وَيَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدَرِ وَصِيَّتِهِ ، كَمَا
 لَوْ وَصَّى لِأَنْثَيْنِ بِمَالٍ . وَالْأَوَّلُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْإِغْتَاقَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَالْإِغْتَاقِ فِي
 مَرَضِ الْمَوْتِ ، وَقَدْ ثَبَتَ فِي الْإِغْتَاقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا بِمَحْدِثِ (٧٨) عِمْرَانَ
 ابْنِ حُصَيْنٍ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَلِأَنَّ الْمَعْنَى الْمُفْتَضَى لِتَكْمِيلِ الْعِتْقِ فِي أَحَدِهِمَا فِي
 الْحَيَاةِ مَوْجُودٌ بَعْدَ الْمَمَاتِ ، فَيُثْبِتُ . فَأَمَّا إِنْ صَرَّحَ ، فَقَالَ : إِذَا مِتُّ ، فَنِصْفُ كُلِّ
 وَاحِدٍ مِنْ سَالِمٍ وَغَانِمٍ حُرٌّ . أَوْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يَقْتَضِيهِ ، أَوْ دَلَّتْ عَلَيْهِ قَرِينَةٌ ، ثَبَتَ مَا
 اقْتَضَاهُ .

فصل : وإن خَلَفَ الْمَرِيضُ ابْنَيْنِ ، لَا وِارِثَ لَهُ سِوَاهُمَا ، فَشَهِدَا (٧٩) أَنَّهُ أَعْتَقَ سَالِمًا فِي
 مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَشَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِمًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثَلَاثَ مَالِهِ ، وَلَمْ
 يَطْعَنِ الْإِبْنَانِ فِي شَهَادَتِهِمَا ، وَكَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ عَادِلَتَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا

(٧٧-٧٧) فِي ب : ١ : مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ .

(٧٨) فِي ب ، م : ١ : لِحَدِيثِ .

(٧٩) فِي ب ، م : ١ : فَشَهِدَا .

كانتا^(٨٠) أجنبيّتين^(٨١) سواء ؛ لأنه قد ثبت أن الميِّت أعتق العبدَيْن . فإن طعنَ الابنان^(٨٢) في شهادة الأجنبيّين^(٨٣) ، وقالوا : ما أعتقَ غانِمًا^(٨٤) ، إنما أعتقَ سالمًا . لم يُقبل قولُهما في ردِّ شهادة الأجنبيّة ؛ لأنها بيّنةٌ عادِلَةٌ مُثَبِّتةٌ ، والأخرى نافيةٌ ، وقولُ المُثَبِّتِ يقدّمُ على قولِ النَّافِي ، ويكونُ حُكْمُ ما شهدَتْ به حُكْمُهُ^(٨٥) إذا لم يطعن / الورثةُ في شهادتهما ، في أنّه يعتقُ إن تقدّمَ تاريخُ عتقه ، أو خرّجَتْ له القرعةُ ، ويرقُ إذا تأخّرَ تاريخُهُ ، أو خرّجَتْ القرعةُ لغيره . وأمّا الذي شهدَ به الابنان ، فيعتقُ كُلُّهُ ؛ لإقرارهما بإعتاقه وحده ، واستحقاقه للحريّة^(٨٦) . وهذا قولُ القاضي . وقيل : يعتقُ ثلثاَهُ إن حُكِمَ بعتقِ سالمٍ ، وهو ثلثُ الباقي ؛ لأنَّ العبدَ الذي شهدَ به الأجنبيّان كالمُعصوبِ من^(٨٧) التُّركيّة ، والذَّاهِبِ^(٨٨) من التُّركيّة بموتٍ أو تَلَفٍ^(٨٩) ، فيعتقُ ثلثُ الباقي . وهو ثلثا غانِمٍ . والأوّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ المُعتَبَر خُرُوجُهُ من الثُّلثِ حالَ المَوْتِ ، وحالَ المَوْتِ في قولِ الابنَيْن لم يعتقُ سالمٌ ، إنما عتقَ بالشَّهادة بعدَ المَوْتِ ، فيكونُ ذلك بمنزلةِ موْتِهِ بعدَ موْتِ سيِّده ، فلا يَمْنَعُ من عتقِ مَنْ خرّجَ من الثُّلثِ قَبْلَ موْتِهِ . فإنَّ كانَ الابنان فاسِقَيْن ولم يردّا شهادةَ الأجنبيّة ، ثبتَ العتقُ لسالمٍ ، ولم يَزَاحِمْهُ مَنْ شهدَ له الابنان ، لفسقِهما ؛^(٩٠) لأنَّ شهادةَ الفاسِقِ كعدَمِها^(٩١) ، فلا يُقبلُ قولُهما في إسقاطِ حقِّ ثبوتِ بَيِّنةٍ عادِلَةٍ ، وقد أقرَّ الابنان بعتقِ غانِمٍ ، فيُنظَرُ ؛ فإنَّ تقدّمَ تاريخِ عتقه ، أو أقرَّ بينهما فخرّجَتْ القرعةُ له ، عتقَ كُلُّهُ ،

(٨٠) في الأصل ، م : : : كانا . وفي ب : : كانت .

(٨١) في ا ، ب ، م : : : أجنبيّين .

(٨٢) في ا ، ب ، م : : : الابنان .

(٨٣) في الأصل : : : الأجنبيّين .

(٨٤) في م زيادة : في مرض موته وكل واحد ثلث ماله . وهو تكرار لما سبق قبل سطرين .

(٨٥) في م : : : حكم ما .

(٨٦) في الأصل : : : الحرية .

(٨٧) في ب : : : في .

(٨٨) في ب ، م : : : وكالذهب .

(٨٩) في الأصل : : : أو يتلف .

(٩٠-٩١) سقط من : ا ، ب ، م .

كما قلنا في التي قبلها . وإن تأخر تاريخ عتقه ، أو خرّجته القرعة لغيره ، لم يعتق منه شيء ؛ لأنّ الّبتين لو كانا عدلين ، لم يعتق منه شيء ، فإذا كانا فاسقين أوّلَى . وقال القاضي ، وبعض أصحاب الشافعيّ : يعتق نصفه في الأحوال كلّها ؛ لأنّه استحقّ العتق بإقرار الوريّة ، مع ثبوت العتق للآخر^(٩١) بالبيّنة العادلة ، فصار بالنسبة كأنّه أعتق العبدَيْن ، فاعتق منه نصفه . وهذا لا يصح ؛ فإنّه لو أعتق العبدَيْن ، لأعتقنا أحدهما بالقرعة ، ولأنّه^(٩٢) في حال تقدّم تاريخ عتق من شهدت له الّهنة ، لا يعتق منه شيء ولو كانت بيّنته عادلة ، فمع فسوقها أوّلَى ، وإن كذّبت الوريّة^(٩٣) الأجنبية ، فقالت : ما أعتق سالمًا^(٩٤) ، إلّما أعتق غانمًا^(٩٥) ، عتق العبدان . وقيل : يعتق من سالم ثلثاه . والأوّل أولى .

فصل : / فإن شهد عدلان أجنبيّان ، أنّه وصّى بعنق سالم ، وشهد عدلان واريّان ، أنّه رجع عن الوصيّة بعنق سالم ، ووصّى بعنق غانم ، وقيمتُهما سواء ، أو كانت قيمة غانم أكثر ، قبلت شهادتهما ، وبطلت وصيّة سالم ؛ لأنّهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا ولا^(٩٦) يدفعان عنها ضررا . فإن قيل : فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم . قلنا : وهما يُسقطان ولاء سالم ، وعلى أنّ الولاية إثبات سبب الميراث ، وهذا لا يمنع قبول الشهادة ، بدليل مالو شهدا بعنق غانم من غير معارض ، ثبت عتقه ، ولهما ولأوه ، ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما ، قبلت شهادتهما ، مع ثبوت سبب^(٩٧) الإزّث لهما ، وتقبل شهادة المرأة^(٩٨) لأخيها بالمالي ، وإن جاز أن يريّه ، فإن كان الوريّان فاسقين ، لم تقبل شهادتهما في الرجوع ، ويلزّهما إقرارهما لغانم ، فاعتق سالم بالبيّنة العادلة ، ويعتق غانم بإقرار

(٩١) في الأصل ، ب : د الآخر .

(٩٢) في ا ، م : د لأنه .

(٩٣) في م : د الوريّة . وقوله : أي البيّنة الوريّة .

(٩٤) بينهما تقديم وتأخير في م .

(٩٥) سقطت : لا ، من م .

(٩٦) في الأصل ، ب : د نسب .

(٩٧) في م : د المرأة .

الوَارِثَةُ^(٩٨) بِالْوَصِيَّةِ بِإِعْتِاقِهِ وَحْدَهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ إِذَا يَعْتِقُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَتَقَ^(٩٩) سَالِمَ بِشَهَادَةِ الْأَجَنِبِيِّينَ ، صَارَ كَالْمَعْصُوبِ ، فَصَارَ غَانِمٌ يَصِفُ التَّرَكَةَ ، فَيَعْتِقُ ثَلَاثًا ، وَهُوَ ثُلُثُ التَّرَكَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَارِثَةَ^(١٠٠) تُقَرَّرُ بِأَنَّهُ حِينَ الْمَوْتِ ثُلُثُ التَّرَكَةِ ، وَأَنَّ عَتَقَ سَالِمَ إِذَا كَانَ بِشَهَادَتَيْهِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَصَارَ كَالْمَعْصُوبِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَلَوْ عَصَبَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، لَمْ يَمْنَحْ عَتَقَ غَانِمٌ كُلَّهُ ، فَكَذَلِكَ الشَّهَادَةُ بِعَتَقِهِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي ، فِيمَا إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ بِإِعْتِاقِ سَالِمٍ فِي مَرَضِهِ ، وَوَارِثَةُ فَاسِقَةٌ بِإِعْتِاقِ غَانِمٍ فِي مَرَضِهِ ، وَأَنَّهُ لَمْ يُعْتِقْ سَالِمًا ، أَنَّ غَانِمًا يَعْتِقُ كُلَّهُ . وَهَذَا مِثْلُهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ غَانِمٍ أَقَلَّ مِنْ قِيَمَةِ سَالِمٍ ، فَالْوَارِثَةُ مُتَّهَمَةٌ ؛ لَكُونِهَا تُرَدُّ إِلَى الرُّقِّ مِنْ كَثَرَتِ قِيَمَتِهِ ، فَتُرَدُّ شَهَادَتُهَا^(١٠١) بِالرُّجُوعِ^(١٠٢) ، كَمَا تُرَدُّ شَهَادَتُهَا^(١٠٣) بِالرُّجُوعِ عَنِ الْوَصِيَّةِ ، وَيَعْتِقُ سَالِمًا ، وَيَعْتِقُ^(١٠٤) غَانِمَ كُلَّهُ ، أَوْ ثُلُثًا^(١٠٥) الْبَاقِي ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ / الْاِخْتِلَافِ^(١٠٦) فِيمَا إِذَا كَانَتْ فَاسِقَةً . فَإِنْ لَمْ تُشْهَدِ الْوَارِثَةُ بِالرُّجُوعِ عَنْ عَتَقِ سَالِمٍ ، لَكِنْ شَهِدَتْ بِالْوَصِيَّةِ بِعَتَقِ غَانِمٍ ، وَهِيَ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، ثَبَتَتْ الْوَصِيَّتَانِ ، سَوَاءً كَانَتْ قِيَمَتُهُمَا سَوَاءً ، أَوْ مُخْتَلِفَةً ، فَيَعْتِقَانِ^(١٠٧) إِنْ خَرَجَا مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلُثِ ، أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، وَيَعْتِقُ ثَمَامَ الثُّلُثِ مِنَ الْآخَرِ ، سَوَاءً تَقَدَّمَتْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ عَلَى الْأُخْرَى أَوْ اسْتَوَتْ ؛ لِأَنَّ الْمُتَقَدَّمَ وَالْمُتَأَخَّرَ مِنَ الْوَصَايَا سَوَاءٌ .

١٤٥/١١

فصل : وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، أَنَّهُ وَصَّى لِزَيْدٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ رَجَعَ عَنِ الْوَصِيَّةِ لِزَيْدٍ ، وَوَصَّى لَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ ثَالِثَةٌ ، أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ

(٩٨) ق م : : الوارثة .

(٩٩) ق م : : أعتق .

(١٠٠) ق م : : الوارثة .

(١٠١) ق الأصل : : شهادتهما .

(١٠٢) ق ١ ، ب ، م : : الرجوع .

(١٠٣) ق ١ : : شهادتهما .

(١٠٤) سقطت : : يعق م : م .

(١٠٥) ق م : : ثلثاه وهو ثلث .

(١٠٦) ق الأصل : : اختلاف .

(١٠٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

الْوَصِيَّةُ لَعَمْرُو ، وَوَصَّى لِبَكْرِ بِثُلْثِ مَالِهِ ، صَحَّحَ الشَّهَادَاتُ^(١٠٨) كُلُّهَا ، وَكَانَتْ
 الْوَصِيَّةُ لِبَكْرِ ، سِوَاءَ كَانَتِ الْبَيْتَانِ مِنَ الْوَرَثَةِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنْهَمَةُ فِي حَقِّهِمْ . وَإِنْ
 كَانَتْ شَهَادَةُ الْبَيْتَةِ الثَّالِثَةِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ ، لَمْ تُفْعَلْ هَذِهِ الشَّهَادَةُ شَيْئًا^(١٠٩) ؛
 لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ بِالْبَيْتَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، وَهِيَ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ . فَعَلِيَ هَذَا ،
 تَثْبُتُ الْوَصِيَّةُ لَعَمْرُو . وَإِنْ كَانَتِ الْبَيْتَةُ الثَّانِيَةُ شَهِدَتْ بِالْوَصِيَّةِ لَعَمْرُو ، وَلَمْ تَشْهَدْ
 بِالرُّجُوعِ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، فَشَهِدَتْ الثَّالِثَةُ بِرُجُوعِهِ^(١١٠) عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ لَا بَعْضِنِهَا ،
 فَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الشَّهَادَةُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُعَيِّنَا الْمَشْهُودَ
 عَلَيْهِ ، وَيَصِيرُ كَالْوَقَالَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ أَلْفًا . أَوْ أَنَّ^(١١١) لَا أَحَدَ هَذَيْنِ عَلَى
 هَذَا أَلْفًا . وَيَكُونُ الثَّلَثُ بَيْنَ الْجَمِيعِ أَثْلَاثًا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قِيَاسُ قَوْلِ أَيْ عَيْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ
 يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ ، وَيُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قُرْعَةُ الرُّجُوعِ عَنْ
 وَصِيَّتِهِ ، بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى . وَإِذَا صَحَّ الرُّجُوعُ عَنْ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ
 تَعْيِينٍ ، صَحَّحَ الشَّهَادَةُ بِهِ كَذَلِكَ . وَوَجْهُ / ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ تُصَحِّحُ بِالْمَجْهُولِ ، ١١٤٥/١١
 وَتُصَحِّحُ الشَّهَادَةُ فِيهَا بِالْمَجْهُولِ ، فَجَازَتْ فِي الرُّجُوعِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الْمَرْجُوعِ عَنْ وَصِيَّتِهِ .

فصل : وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ وَصَّى لِزَيْدٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَشَهِدَ وَاحِدٌ أَنَّهُ وَصَّى لَعَمْرُو
 بِثُلْثِ مَالِهِ ، ائْتَى هَذَا عَلَى أَنَّ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ هَلْ يُعَارِضُ الشَّاهِدَيْنِ أَوْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛
 أَحَدُهُمَا ، يُعَارِضُهُمَا ، فَيُخْلِفُ عَمْرُوَ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَيُقَسِّمُ الثَّلَثَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ
 وَالْيَمِينَ حُجَّةٌ فِي الْمَالِ ، فَاشْتَبَهَ الشَّاهِدَيْنِ . وَالثَّانِي ، لَا يُعَارِضُهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ
 أَقْوَى ، فَيَرْجُحَانِ عَلَى الشَّاهِدِ وَالْيَمِينَ . فَعَلِيَ هَذَا ، يَنْفَرِدُ زَيْدٌ بِالثَّلْثِ ، وَيَقِفُ وَصِيَّةُ
 عَمْرُوَ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ . فَأَمَّا إِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ وَصِيَّةِ زَيْدٍ ، وَوَصَّى لَعَمْرُو
 بِثُلْثِهِ ، فَلَا تُعَارِضُ بَيْنَهُمَا ، وَيُخْلِفُ عَمْرُوَ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَتَثْبُتُ الْوَصِيَّةُ لَعَمْرُو . وَالْفَرْقُ
 بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، أَنَّ فِي الْأُولَى ، تُقَابَلَتِ الْبَيْتَانِ ، فَقَدْ مَنَّا أَقْوَاهُمَا ، وَفِي الثَّانِيَةِ لَمْ يُتَقَابَلَا ،

(١٠٨) فِي الْأَصْلِ : ١ : الشَّهَادَاتَانِ .

(١٠٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١١٠) فِي م : ٢ : بِالرُّجُوعِ .

(١١١) فِي م : ٢ : وَأَنْ .

وإنما يثبت الرجوع ، وهو يثبت بالشاهد واليمين ؛ لأنَّ المقصود به المال . وهذا مذهب الشافعي . والله أعلم .

١٩٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَ ^(١) فِي يَدِهِ دَارٌ ، فَأَدَّاعَاهَا رَجُلٌ ، فَأَقْرَبَهَا لِغَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُقْرُّ لَهُ بِهَا ^(٢) حَاضِرًا ، جُعِلَ الْحَصْمُ فِيهَا ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، وَكَانَتْ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا لِلْمُدَّعِي بَيِّنَتِهِ ، وَكَانَ الْغَائِبُ عَلَى حُصُونِهِ مَتَى حَضَرَ)

وجملته أن الإنسان إذا ادعى داراً في يد غيره ، فقال الذي هي في يده : ليست لي ، وإنما هي لفلان . وكان المقر له بها حاضراً ، سئل عن ذلك ، فإن صدقه ، صار الحصم فيها ، وكان صاحب اليد ؛ لأنَّ مَنْ هي في يده اعترف أن يده نائبة عن يده ، وإقرار الإنسان بما في يده إقرار صحيح ، فيصير حصماً للمدعي ، فإن كانت للمدعي بينة ، حُكِمَ له بها ، وإن لم تكن له بينة ، فالقول قول المدعي عليه مع يمينه . وإن قال المدعي : أخلفوا لي ^(٣) المقر الذي كانت العين في يده ، أنه لا يعلم أنها لي . فعليه اليمين ؛ لأنه ^(٤) لو أقر له بها (بعد اعتباره) ، لزمه الغرم ، كما لو قال : هذه العين لزيد . ثم قال : هي لعمرو . فإنها تُدْفَعُ إلى زيد ، ويغرم ^(٥) قيمتها لعمرو . ومن لزمه الغرم مع الإقرار ، لزمته اليمين ^(٦) مع الإنكار ^(٨) ، فإن ردَّ المقر له الإقرار ، وقال : ليست لي ، وإنما هي للمدعي . حُكِمَ له بها . وإن لم يقل : هي للمدعي ، ولكن قال : ليست لي . فإن كانت للمدعي بينة ، حُكِمَ له بها ، وإن لم تكن له بينة ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تُدْفَعُ إلى المدعي ؛ لأنه

(١) في ١ : كانت .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : ١ ، ب .

(٤) في ب : فإنه .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٦) في م : ويدفع .

(٧) في ب : القيمة .

(٨) في ب : الإسكان .

يَدْعِيهَا ، وَلَا مُنَازَعَ لَهَا فِيهَا ، وَلَأنَّ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ لَوَادْعَاهَا ، ثُمَّ نَكَلَ ، قَضَيْنَا لَهُ^(٩) بِهَا^(١٠) ،
فَمَعَ عَدَمِ ادْعَائِهِ لَهَا أَوَّلَى . وَالثَّانِي ، لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهَا مُسْتَحَقٌّ ، لِأنَّ الْمُدْعَى لَا
يَدَّ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةً ، وَصَاحِبُ الْيَدِ مُعْتَرِفٌ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُ ، فَيَأْخُذُهَا الْإِمَامُ فَيَحْفَظُهَا
لصَاحِبِهَا . وَهَذَا الرَّجْعُ الَّذِي^(١١) ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالْأَوَّلُ أَوَّلَى . لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ^(١٢) ذَلِيلِهِ .
وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ ، وَوَجْهٌ ثَالِثٌ ، أَنَّ الْمُدْعَى يَخْلِفُ^(١٣) أَنَّهَا لَهُ ،
وَتُسَلِّمُ إِلَيْهِ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُهُ ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِرَدِّ الْيَمِينِ إِذَا نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ
الْمَقْرُّ لَهُ : هِيَ لِثَالِثٍ^(١٤) . انْتَقَلَتْ الْخُصُومَةُ إِلَيْهِ ، وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ صَاحِبِ الْيَدِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ
لَهُ بِهَا مِنْ يَدِهِ^(١٥) حُكْمًا . وَأَمَّا إِنْ أَقَرَّ بِهَا الْمُدْعَى عَلَيْهِ لِمَجْهُولٍ ، قِيلَ لَهُ : لَيْسَ هَذَا
بِجَوَابٍ . فَإِنْ أَقَرَّرْتَ بِهَا الْمَعْرُوفَ ، وَإِلَّا جَعَلْنَاكَ نَاكِلًا ، وَقَضَيْنَا عَلَيْكَ . فَإِنْ أَصَرَ ،
قُضِيَ عَلَيْهِ بِالتَّكْوِيلِ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا^(١٦) لَغَائِبٍ^(١٧) ، أَوْ لغيرِ مُكَلِّفٍ مُعَيَّنٍ ، كَالصَّبِيِّ
وَالْمَجْنُونِ^(١٨) ، صَارَتْ الدَّعْوَى عَلَيْهِ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدْعَى بَيِّنَةً ، لَمْ يُقَضَ لَهُ بِهَا ؛ لِأنَّ
الْحَاضِرَ يَعْتَرِفُ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُ ، وَلَا يُقَضَى عَلَى الْغَائِبِ بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى ، وَيَقِفُ الْأَمْرُ
حَتَّى يَقْدَمَ الْغَائِبُ ، وَيَصِيرَ غَيْرَ الْمُكَلِّفِ مُكَلِّفًا ، فَتَكُونُ الْخُصُومَةُ مَعَهُ . فَإِنْ قَالَ
الْمُدْعَى : أَخْلِفُوا لِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ . أَخْلَفْنَاهُ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِلْمُدْعَى ، لَمْ تُسَلِّمَ
إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ أَنَّهَا لغيرِهِ ، وَيَلْزَمُهُ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيمَتَهَا ؛ لِأَنَّهُ قَوَّيْتُهَا عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِهَا لغيرِهِ .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م زيادة : للمدعى .

(١١) في م : الثاني .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : أ .

(١٤) في م : الثالث .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٧) في م : الغائب .

(١٨) في ب : أو المجنون .

وإن كان للمُدَّعى ^(١١) بَيِّنَةٌ ، ^(١٠) سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ، وَقَضَىٰ بِهَا ، وَكَانَ الْغَائِبُ عَلَىٰ خُصُومَتِهِ ، مَتَى حَضَرَ ، لَهُ أَنْ يَقْدَحَ فِي بَيِّنَةِ الْمُدَّعى ، وَأَنْ يَقِيمَ بَيِّنَتَهُ ^(١٢) تَشْهَدُ بِالتَّقَالِبِ الْمِلْكُ إِلَيْهِ مِنَ الْمُدَّعى . وَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهَا يَمْلِكُهَا ، فَهَلْ يَقْضَىٰ بِهَا ؟ عَلَىٰ وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَىٰ تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ أَوْ الْحَارِجِ ^(١٣) ؛ فَإِنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْحَارِجِ . فَأَقَامَ الْغَائِبُ بَيِّنَةً تَشْهَدُ لَهُ بِالْمِلْكِ وَالنَّجَاحِ ، أَوْ سَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْمِلْكِ ، فَهَلْ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ ، وَيُقْضَىٰ بِهَا ؟ عَلَىٰ وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُقَرِّ بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بِهَا لِلْغَائِبِ ، سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ، وَلَمْ يَقْضِ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لِلْغَائِبِ ، وَالْغَائِبُ لَمْ يَدْعِهَا هُوَ وَلَا وَكِيلُهُ ، وَإِنَّمَا سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْفَائِذَةِ ، وَهُوَ زَوَالُ التُّهْمَةِ عَنِ الْحَاضِرِ ، وَسُقُوطُ الْيَمِينِ عَنْهُ ، إِذَا ادَّعى عَلَيْهِ أَنَّكَ تَعْلَمُ أَنَّهُ لِي . وَيُتَخَرَّجُ أَنْ يَقْضَىٰ بِهَا ، إِذَا قُلْنَا بِتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَإِنَّ لِلْمُودِعِ الْمُخَاصِمَةَ فِي الرَّدِيعَةِ إِذَا غَصِبَتْ . وَلَئِنْهَا بَيِّنَةٌ مَسْمُوعَةٌ ، فَيُقْضَىٰ بِهَا ، كِبَيِّنَةِ الْمُدَّعى إِذَا لَمْ تُعَارِضْهَا بَيِّنَةٌ أُخْرَىٰ . فَإِنْ ادَّعى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، أَنَّهَا مَعَهُ بِإِجَارَةٍ أَوْ غَارِبَةٍ ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً بِالْمِلْكِ لِلْغَائِبِ ، لَمْ يَقْضَ بِهَا ؛ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ ثُبُوتَ الْإِجَارَةِ وَالْغَارِبَةِ يَتَرْتَّبُ عَلَىٰ الْمِلْكِ لِلْمُوجِرِ ، ^(١٤) وَلَا يُمَكِّنُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لِلْمُوجِرِ ^(١٥) . بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَا تَثْبُتُ الْإِجَارَةُ الْمَتْرَبَةُ عَلَيْهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّ بَيِّنَةَ الْحَارِجِ مُقَدَّمَةٌ عَلَىٰ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَيُتَخَرَّجُ ^(١٦) الْقَضَاءُ بِهَا عَلَىٰ رِوَايَةِ ^(١٧) تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَكَوْنِ الْحَاضِرِ لَهُ فِيهَا حَقٌّ ؛ ^(١٨) فَإِنَّهُ يَقْضَىٰ بِهَا ، وَجْهًا وَاحِدًا ^(١٩) . وَمَتَى عَادَ الْمُقَرِّ بِهَا الْغَيْرَ ، فَأَدْعَاهَا لِنَفْسِهِ ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، فَلَا يُسْمَعُ مِنْهُ الرَّجُوعُ عَنْ إِقْرَارِهِ . وَالْحَكْمُ فِي غَيْرِ الْمُكْلَفِ ، كَالْحَكْمِ فِي الْغَائِبِ ، عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا .

(١٩) في ١ ، ب ، م : مع المدعى .

(٢٠-٢١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢١) في الأصل ، ب ، م : و : والحارج .

(٢٢-٢٣) سقط من : م . نقل نظر .

(٢٣) في م : ويخرج .

(٢٤) سقط من : ب ، م .

(٢٥-٢٦) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

فصل : وإذا طَلَبَ الْمُدْعَى أَنْ يَكْتَسِبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُ ^(٢٦) ،

فِي كِتَابِهِ لَهُ ^(٢٧) : حَضَرَ / الْقَاضِي فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، قَاضِي عِيْدِ اللَّهِ الْإِمَامِ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيِّ ، أَوْ خَلِيفَتُهُ ^(٢٨) فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيِّ ^(٢٩) ، إِنْ كَانَ ثَانِيًا ، ^(٣٠) فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيِّ ^(٣١) ، وَأَحْضَرَ مَعَهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، فَأَذْعَى ذَارًا فِي يَدَيْهِ - وَيُعِيْثُهَا ، وَيَذْكُرُ حُدُودَهَا وَصِفَتَهَا - فَأَعْتَرَفَ بِهَا الْمُدْعَى عَلَيْهِ لِفُلَانِ بْنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيِّ ، وَهُوَ جَيِّدُ غَائِبٍ عَنِ بَلَدِ الْقَاضِي ، فَأَقَامَ الْمُدْعَى بَيِّنَةً ، وَهِيَ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، وَفُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، فَشَهِدَ عِنْدَهُ لِلْمُدْعَى بِمَا أَدْعَاهُ ، وَعَرَفَ الْحَاكِمُ عَدَاةَ التَّيْمَا بِمَا يُسَوِّغُ مَعَهُ قَبُولَ شَهَادَتَيْهِمَا ، أَوْ شَهِدَ عِنْدَهُ بَعْدَ التَّيْمَا فُلَانٌ ، وَفُلَانٌ ، فَقَبِلَ شَهَادَتَيْهِمَا ، فَقَضَى بِهَا عَلَى الْغَائِبِ ، وَجَعَلَ ^(٣٢) كُلَّ ذِي حُجَّةٍ عَلَى حُجَّتِهِ . فَإِنْ كَانَ الْغَائِبُ قَدْ قَدِمَ ، وَلَمْ يَأْتِ بِحُجَّةٍ ، زَادَ : وَقَدِمَ الْغَائِبُ الْمُقَرَّرُ لَهُ بِهَا فُلَانٌ ، وَلَمْ يَأْتِ بِحُجَّةٍ ^(٣٣) تَدْفَعُ الْمُدْعَى عَنْ دَعْوَاهُ . وَإِنْ أَقَامَ عِنْدَ حُضُورِهِ بَيِّنَةً ، زَادَ : وَأَقَامَ بَيِّنَةً . وَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْمُدْعَى مُقَدِّمَةً عَلَى بَيِّنَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ خَارِجٌ .

فصل : وإذا ادَّعى إنسان أن أباه مات ، وخلفه وأخاه غائبًا ، لا ^(٣٤) وارث له

سِوَاهُمَا ، وَتَرَكَ ذَارًا فِي يَدِ هَذَا الرَّجُلِ ، فَأَتَاكَ ^(٣٥) صَاحِبُ الْيَدِ ، وَأَقَامَ الْمُدْعَى بَيِّنَةً بِمَا أَدْعَاهُ ، ثَبَّتَ الدَّارُ لِلْمَيِّتِ ، وَالتَّرَعَتِ الدَّارُ مِنْ يَدِ الْمُنْكَرِ ، وَدَفَعَ نَصْفَهَا إِلَى الْمُدْعَى ، وَجَعَلَ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي يَدِ أَمِينٍ لِلْغَائِبِ ، يَكْرِيهُ لَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْمُدْعَى مِمَّا يَنْقَلُ وَيُحَوَّلُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ مِمَّا لَا ^(٣٦) يَنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ ، أَوْ

(٢٦) سقط من : ١ .

(٢٧) في م : زيادة : محضرا .

(٢٨) في ١ ، ب ، م : : خليفة القاضي .

(٢٩) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٣٠) - (٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) سقطت الواو من : م .

(٣٣) في ١ : : حجته .

(٣٤) ب ، م : : ولا .

(٣٥) في الأصل ، ١ : : فأنتكروا .

(٣٦) سقط من : م .

مما^(٣٦) يَنْحَفِظُ وَلَا يُخَافُ هَلَاكُهُ ، لم يَنْتَزِعْ نَصِيبَ الْغَائِبِ مِنْ يَدِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْغَائِبَ لَمْ يَدْعِهِ هُوَ وَلَا وَكِيلُهُ ، فَلَمْ يَنْتَزِعْ مِنْ يَدِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، كَالْوَادِعَى أَخَذَ الشَّرِيكَينِ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَجْنَبِيٍّ ، فَإِنَّهُ يُسَلِّمُ إِلَى الْمُدْعَى نَصِيبَهُ ، وَلَا يَنْتَزِعُ نَصِيبَ الْغَائِبِ ، كَذَا هَذَا^(٣٧) . وَلَنَا ، أَنَّهَا تَرَكَةُ مَيِّتٍ ، ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يَنْتَزِعَ نَصِيبُ الْغَائِبِ ، كَالْمَنْقُولِ ، وَكَأَلُو كَانُوا أَخُوهُ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، وَلِأَنَّ/فِيمَا قَالَهُ ضَرَرًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَى الْغَائِبِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ ، وَقَدْ يَمُوتُ الشَّاهِدَانِ أَوْ يَغِيْبَانِ ، أَوْ تُزُولُ عَنْهُمَا^(٣٨) عَدَاةُ الثُّهُمَا ، وَيُعْزَلُ الْحَاكِمُ ، فَيَضِيعُ حَقُّهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يُحْفَظَ بِاتِّزَاعِهِ ، كَالْمَنْقُولِ . وَيُنَاقِشُ الشَّرِيكَ الْأَجْنَبِيَّ إِجْمَالًا وَتَفْصِيلًا ، أَمَّا الْإِجْمَالُ ، فَإِنَّ الْمَنْقُولَ يَنْتَزِعُ فِيهِ^(٣٩) نَصِيبَ شَرِيكِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلَا يَنْتَزِعُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ الْأَجْنَبِيَّ ، وَأَمَّا التَّفْصِيلُ ، فَإِنَّ الْبَيِّنَةَ ثَبَتَتْ بِهَا الْحَقُّ لِلْمَيِّتِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَقْضَى مِنْهُ دِيُونُهُ ، وَتَنْفَقُ مِنْهُ وَصَايَاهُ ، وَلِأَنَّ الْأَخَّ يُشَارِكُهُ فِيهِمَا أَخْذَهُ ، إِذَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَخْذُ الْبَاقِي . فَأَمَّا إِنْ كَانَ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ ، فَهَلْ يَقْبِضُ الْحَاكِمُ نَصِيبَ الْغَائِبِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَقْبِضُهُ ، كَمَا يَقْبِضُ الْعَيْنَ . وَالثَّانِي ، لَا يَقْبِضُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي ذِمَّةِ مَنْ هُوَ^(٤٠) عَلَيْهِ ، كَانَ أَحْوَطَ مِنْ أَنْ يَكُونَ أَمَانَةً فِي يَدِ الْأَمِينِ ، لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَرُ عَلَيْهِ التَّلَفُ إِذَا قَبِضَهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ فِي الذَّمِّهَ أَيْضًا^(٤١) يَعْزُضُ لِلتَّلَفِ بِالْفَلَسِ ، وَالْمَوْتِ ، وَعَزَلَ الْحَاكِمُ ، وَتَعَذَّرَ الْبَيِّنَةُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّا إِذَا دَفَعْنَا إِلَى الْحَاضِرِ نَصْفَ الدَّارِ أَوْ الدِّينِ ، لَمْ نَطْلُبْ لَهُ بَضْمَيْنِ ؛ لِأَنَّا دَفَعْنَاهُ بِقَوْلِ الشُّهُودِ ، وَالْمَطْلُوبَةُ بِالضَّمَمَيْنِ طَعْنٌ عَلَيْهِمْ . قَالَ أَصْحَابُنَا : سَوَاءٌ كَانَ الشَّاهِدَانِ مِنْ أَهْلِ الْخَبْرَةِ الْبَاطِنَةِ ، أَوْ لَمْ يَكُونَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُمَا فِي نَفْيِ وَارِثٍ آخَرَ ، حَتَّى يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الْخَبْرَةِ الْبَاطِنَةِ ، وَالْمَعْرِفَةِ الْمُتَقَادِمَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ لَيْسَ جَهْلُهُ^(٤٢) بِالْوَارِثِ دَلِيلًا عَلَى عَدَمِهِ ، وَلَا يُكْتَفَى بِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا ، تَكُونُ الدَّارُ مَوْقُوفَةً ، وَلَا يُسَلِّمُ إِلَى الْحَاضِرِ

(٣٦) سقط من : الأصل .

(٣٧) في ب ، م ، هـ ؛ ههنا .

(٣٨) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) سقط من : أ ، ب .

(٤١) سقط من : أ .

(٤٢) سقط من : ب ، م .

يَنْصُفُهَا، حَتَّى يَسْأَلَ الْحَاكِمُ، وَيَكْشِفَ عَنِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي كَانَ يَطْرُقُهَا^(٤٣)، وَيَأْمُرُ مُنَادِيًا يُنَادِي: إِنَّ فُلَانًا مَاتَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ، فَلْيَأْتِ. فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ وَارِثٌ لَظَهَرَ، دَفَعَ إِلَى الْحَاضِرِ نَصِيْبَهُ. وَهَلْ يَطْلُبُ مِنْهُ ضَمِيمًا؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ. وَهَكَذَا الْحُكْمُ إِذَا كَانَ الشَّاهِدَانِ/ مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ الْبَاطِنَةِ، وَلَكِنْ لَمْ يَقُولَا: وَلَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا سِوَاهُ. ١٤٨/١١
 فَإِنْ كَانَ مَعَ الْإِبْنِ ذُو فَرْضٍ، فَعَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، يُعْطَى فَرْضُهُ كَامِلًا. وَعَلَى هَذَا التَّخْرِيجِ، يُعْطَى الْيَقِينُ. فَإِنْ كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ، أُعْطِيَتْ رُبْعُ الثَّمَنِ؛ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ جَدَّةٌ، وَلَمْ يَثْبُتْ مَوْتُ أُمِّهِ، لَمْ تُعْطَ شَيْئًا، وَإِنْ ثَبَتَ مَوْتُهَا، أُعْطِيَتْ ثُلُثُ السُّدُسِ، لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ ثَلَاثُ جَدَّاتٍ، وَلَا تُعْطَى الْعَصْبَةُ شَيْئًا. فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ أُنْثَى، لَمْ يُعْطَ شَيْئًا؛ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ وَارِثٌ يَخْجُبُهُ. وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أُمٌّ، أُعْطِيَتْ السُّدُسُ عَائِلًا، وَالْمَرْأَةُ رُبْعُ الثَّمَنِ عَائِلًا، وَالزَّوْجُ الرُّبْعُ عَائِلًا؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ، فَإِنَّ الْمَسْأَلَةَ قَدْ تَعْمَلُ مَعَ وُجُودِ الزَّوْجِ، مِثْلَ أَنْ يَخْلَفَ أَبُوَيْنِ وَابْنَيْنِ وَزَوْجًا، فَإِذَا كَشَفَ الْحَاكِمُ أَعْطَى الزَّوْجَ نَصِيْبَهُ، وَكَمَلَ لَذَوِي الْفُرُوضِ فُرُوضَهُمْ.

فصل: وَإِذَا اِخْتَلَفَ فِي دَارٍ، فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَأَقَامَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً، أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ كَانَتْ أَمْسَ مِنْكَ، أَوْ مِنْذُ شَهْرٍ، فَهَلْ تُسْمَعُ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ، وَيُقْضَى بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ؛ أَحَدُهُمَا، تُسْمَعُ، وَيُحْكَمُ بِهَا؛ لِأَنَّهَا ثَبَّتِ الْمِلْكَ فِي الْمَاضِي، وَإِذَا ثَبَتَ اسْتِدْبَاحُ حَتَّى يُعْلَمَ زَوَالُهُ. وَالثَّانِي، لَا تُسْمَعُ. قَالَ الْقَاضِي: هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَا تُسْمَعُ مَا لَمْ يَدَّعِ الْمُدَّعِي الْمِلْكَ فِي الْحَالِ، فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ عَلَى مَا لَمْ يَدَّعِهِ، لَكِنْ إِنْ انْضَمَّ إِلَى شَهَادَتِهِمَا بَيِّنَاتٌ سَبَبَ يَدِ الثَّانِي، وَتَعْرِيفُ تَعْدِيَا، فَقَالَا: تَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ مِنْكَ أَمْسَ، فَعَصَبِيهَا^(٤٤) هَذَا مِنْهُ، أَوْ سَرَقَهَا، أَوْ ضَلَّكَ مِنْهُ فَالْتَقَطَهَا هَذَا. وَنَحْوُ ذَلِكَ، سَمِعْتُ، وَقُضِيَ بِهَا؛ لِأَنَّهَا إِذَا لَمْ تُبَيِّنِ السَّبَبَ، فَالْيَدُ دَلِيلُ الْمِلْكِ، وَلَا تَنَافِي بَيْنَ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ، وَبَيْنَ دَلَالَةِ الْيَدِ، لِحَوَازِ أَنْ تَكُونَ مِنْكَ أَمْسَ، ثُمَّ تَنْقَلُ إِلَى صَاحِبِ الْيَدِ. فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ سَبَبَ الْيَدِ عُذْوَانٌ، خَرَجَتْ عَنْ كَوْنِهَا دَلِيلًا، فَوَجَبَ الْقَضَاءُ بِاسْتِدْمَاعِ الْمِلْكِ

(٤٣) فِي الْأَصْلِ، ب، م: يَطْرُقُهَا.

(٤٤) فِي ب، م: قَبِضُهَا.

السابق . وإن أقرّ / المُدعى عليه أنها كانت ملكاً للمُدعى أمسي ، أو فيما مضى ، سُمِعَ إقراره ، وحُكِمَ به ، في الصحيح ؛ لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه ، فيصير هو المُدعى ، فيحتاج إلى البيّنة . ويفارق البيّنة من وجهين ؛ أحدهما ، أنه أقوى من البيّنة ، لكونه شهادة من الإنسان على نفسه ، ويؤول به النزاع ، بخلاف البيّنة ، ولهذا يُسَمَّعُ^(١٧) في المجتهول ، ويُقضى به ، بخلاف البيّنة . والثاني ، أن البيّنة لا تُسَمَّعُ^(١٨) إلا على ما ادّعاها ، والدّعى يجب أن تكون مُعلّقة بالحال ، والإقرار يُسَمَّعُ ابتداءً . وإن شهدت البيّنة أنها كانت في يده أمسي ، ففى سماعها وجهان . وإن أقرّ المُدعى عليه بذلك ، فالصحيح أنها تُسَمَّعُ ، ويُقضى به ؛ بما ذكرنا .

فصل : وإن ادّعى أمة أنها له ، وأقام بيّنة ، فشهدت أنها ابنة أمته ، أو ادّعى ثَمَرَةً ، فشهدت له البيّنة أنها ثَمَرَةُ شَجَرَتِهِ ، لم يُحْكَمْ له بها ؛ لجَوَازِ أن تكون وَلَدُهَا قبل تملكها^(١٩) ، وأنْ مَرَّتْ الشَّجَرَةُ هذه الثَّمَرَةُ قبل ملكه إياها . وإن قالت البيّنة : وَلَدْتُهَا في ملكه ، أو أنفَرَتْها في ملكه . حُكِمَ له بها ؛ لأنها شهدت أنها ثَمَاءٌ مِلْكِهِ ،^(٢٠) وَثَمَاءٌ مِلْكِهِ^(٢١) ، ما لم يَرِدْ سَبَبٌ يَنْقُلُهُ عَنْهُ . فإن قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ : لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِالْمِلْكِ السابق ، على الصحيح ، وهذه شهادة بملك سابق . قلنا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، على تقدير التسليم ، أن الثَمَاءَ تَابِعَ لِلْمِلْكِ في الْأَصْلِ ، فَإِذَا بَاتَ مِلْكُهُ فِي الزَّمَنِ الْمَاضِي عَلَى وَجْهِ التَّبَعِ ، وَجَرَى مَجْرَى مَا قَال : مَلَكَتْهُ مِنْذُ سَنَةٍ . وَأَقَامَ الْبَيِّنَةُ بِذَلِكَ ، فَإِنْ مَلَكَهُ يَثْبُتُ فِي الزَّمَنِ الْمَاضِي تَبَعًا لِلْحَالِ ، وَيَكُونُ لَهُ الثَّمَاءُ فِيمَا مَضَى ، وَلَئِنْ الْبَيِّنَةُ هُنَا شَهِدَتْ بِسَبَبِ الْمِلْكِ ، وَهِيَ وَلَدَتْهَا ، أَوْ وَجَدَهَا فِي مِلْكِهِ ، فَقَوِيَتْ بِذَلِكَ ، وَلِهَذَا لَوْ شَهِدَتْ بِالسَّبَبِ فِي الزَّمَنِ الْمَاضِي ، فَقَالَتْ : أَقْرَضَنِي أَلْفًا ، أَوْ بَاعَهُ . ثَبَتَ^(٢٢) الْمِلْكُ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، فَمَعَ ذِكْرُهُ أَوَّلَى . وَإِنْ شَهِدَتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا /^(٢٣) الْعَزْلُ مِنْ قُطْنِهِ^(٢٤) ، وَهَذَا الدَّقِيقُ مِنْ حِنْطَتِهِ ، أَوْ أَنَّ^(٢٥) هَذَا الطَّائِرُ مِنْ بَيْضَتِهِ ، حُكِمَ لَهُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يُضِفْهُ إِلَى مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَزْلَ

(٤٥-٤٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٦) في أ ، ب : « أن يملكها » .

(٤٧) في الأصل : « ثلث » تحريف .

(٤٨-٤٨) في الأصل ، أ ، ب : « القطن من غزله » .

(٤٩) في م : « وأن » .

عَيْنُ الْقُطْنِ ، وَإِنَّمَا تَعْمُرَتْ صِفَتُهُ ، وَالذَّقِيقُ أَجْزَاءُ الْحِنْطَةِ تَفَرَّقَتْ ، وَالطَّيْرُ هُوَ أَجْزَاءُ الْبَيْضَةِ اسْتَحَالَ ، فَكَأَنَّ الْبَيْتَةَ قَالَتْ : هَذَا غَزْلُهُ وَدَقِيقُهُ وَطَيْرُهُ . وليس كذلك الْوَلَدُ^(٥٠) وَالشَّمْرَةُ ، فَإِنَّهُمَا غَيْرُ الْأُمِّ وَالشَّجَرَةِ . ولو شَهِدَا^(٥١) أَنَّ هَذِهِ الْبَيْضَةُ مِنْ طَيْرِهِ ، لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِهَا حَتَّى يَقُولَا : بِأَصْحَابِهَا فِي مَلِكِهِ . لِأَنَّ الْبَيْضَةَ غَيْرُ الطَّيْرِ ، وَإِنَّمَا هِيَ مِنْ نَمَاتِهِ ، فَهِيَ كَالْوَلَدِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ كَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وإذا كَانَتْ فِي يَدِ زَيْدٍ دَارٌ ، فَأَدَّاعَاهَا عَمْرُو ، وَأَقَامَ بَيْتَهُ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ خَالِدٍ بِثَمَنِ مُسَمًّى تَقْدَهُ لِيَاهُ ، أَوْ أَنَّ خَالِدًا رَهَبَهُ تِلْكَ الدَّارَ ، لَمْ تُقْبَلْ بَيْتُهُ بِهَذَا حَتَّى يُشْهَدَ أَنَّ خَالِدًا بَاعَهُ إِيَّاهَا ، أَوْ رَهَبَهَا لَهُ وَهُوَ يَمْلِكُهَا ، أَوْ يُشْهَدُ أَنَّهَا دَارُ عَمْرٍو اشْتَرَاهَا مِنْ خَالِدٍ ، أَوْ يُشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَهَا أَوْ رَهَبَهَا لَهُ ، وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ . وَإِنَّمَا لَمْ تُسْمَعْ الْبَيْتَةُ بِمَجْرَدِ الشَّرَاءِ وَالْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَبِيعُ مَا لَا يَمْلِكُهُ وَيَهَبُهُ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ بِهِ ، فَإِنْ انْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ الشَّهَادَةُ لِلْبَائِعِ بِالْمِلْكِ ، أَوْ شَهِدُوا لِلْمُشْتَرِي بِالْمِلْكِ ، أَوْ شَهِدُوا بِالتَّسْلِيمِ ، فَقَدْ شَهِدُوا بِتَقْدِيمِ الْيَدِ ، أَوْ بِالْمِلْكِ لِلْمُدَّعَى ، أَوْ لِمَنْ بَاعَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ تَدُلُّ عَلَى الْمِلْكِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ، وَإِنَّمَا قَبِلْنَا هَا هِيَ^(٥٢) شَهَادَةُ بَيْعِهِ مَاضٍ ؛ لِأَنَّهَا شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ مَعَ السَّبَبِ ، وَالظَّاهِرُ اسْتِمْرَارُهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُذَكَّرِ السَّبَبُ .

فصل : وإذا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ طِفْلٌ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، قُبِلَتْ دَعْوَاهُ ، وَلَمْ يُحَلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ ، وَالصَّبِيُّ مَا لَمْ يُعْبَرَّ عَنْ نَفْسِهِ ، فَهُوَ كَالْبَهِيمَةِ وَالْمَتَاعِ^(٥٣) ، إِلَّا أَنْ يُعْرَفَ أَنَّ^(٥٤) سَبَبَ يَدِهِ غَيْرُ الْمِلْكِ ، مِثْلُ أَنْ يُلْقِطَهُ ، فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ لِرَفْقِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّقِيطَ مُحْكَمٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، / وَإِنَّمَا غَيْرُهُ فَقَدْ وَجَدَ فِيهِ دَلِيلُ الْمِلْكِ مِنْ ١١/١٤٩ ط
غَيْرِ مُعَارِضٍ ، فَيُحْكَمُ بِرَفْقِهِ . فإذا بَلَغَ ، فَأَدَّعَى الْحُرِّيَّةَ ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْكَمٌ

(٥٠) ق م : بالولد .

(٥١) ق م : شهد .

(٥٢) سقط من : ١ .

(٥٣) في الأصل : والمباح .

(٥٤) سقط من : الأصل .

برقه قبل دَعَوَاهُ . وإن لم يَدْعُ مِلْكَهُ ، لكنَّهُ ^(٥٥) كان يَتَصَرَّفُ فيه بالاسْتِخْدَامِ وغيره ، فهو كاللواذعي رَقَهُ ، ويَحْكُمُ لَهُ ^(٥٦) برقه ؛ لأنَّ الِتِّدَّ ذَلِيلُ الْمِلْكِ . فإن ادَّعَى أَجَنبِي نَسَبَهُ ، لم يُقْبَلْ ؛ لما فيه من الضَّرَرِّ عَلَى السَّيِّدِ ، لأنَّ النِّسَبَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَلَاءِ فِي الْمِيرَاثِ . فإن أقام الْبَيِّنَةُ بِنَسَبِهِ ، ثَبِتَ ، ولم يُزَلَّ الْمِلْكُ عنه ؛ لأنه يجوزُ أَنْ يَكُونَ وَلَدُهُ ^(٥٧) وهو مَمْلُوكٌ ، بأن يَتَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ، أَوْ يُسَبِّي الصَّغِيرَ ثُمَّ يُسَلِّمُ أَبُوهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ عَرَبِيًّا ، فَلَا يُسْتَرَقُّ وَلَدُهُ ، فِي رِوَايَةٍ . وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ . وإن أقام بَيِّنَةً أَنَّهُ ابْنُ حُرَّةٍ ، فهو حُرٌّ ؛ لأنَّ وَلَدَ الْحُرَّةِ لَا يَكُونُ إِلَّا حُرًّا . وإن كان الصَّبِيُّ مُمَيِّزًا ، يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فادَّعَى مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ رَقَهُ ، ولم يُعْرِفْ ثَقْلَهُ الِتِّدَّ عَلَيْهِ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ ^(٥٨) ، إِلَّا أَنَّا ^(٥٩) رَأَيْنَاهُ فِي يَدِهِ وَهِيَ يَتَنَازَعَانِ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَثْبُتُ مِلْكُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَرَّبٌ عَنْ نَفْسِهِ ، وَيُدْعَى الْحُرِّيَّةَ ، أَشَبَّهُ الْبَالِغَ . وَالثَّانِي ، يَثْبُتُ مِلْكُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ صَغِيرٌ ادَّعَى مِلْكَهُ ^(٦٠) وهو فِي يَدِهِ ، فَأَشَبَّهُ الطِّفْلَ . فَأَمَّا الْبَالِغُ إِذَا ادَّعَى رَقَهُ فَأَنكَرَ ، لم يَثْبُتْ رَقُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وإن لم تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْحُرِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ . وَهَذَا الْفَصْلُ بِجَمِيعِهِ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَيُّ تَوَرُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنْ أَصْحَابَ الرَّأْيِ قَالُوا : مَتَى أَقَامَ إِنْسَانٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ ، ثَبِتَ النِّسَبُ وَالْحُرِّيَّةُ ؛ لِأَنَّ ظُهُورَ الْحُرِّيَّةِ فِي وَلَدِ الْحُرِّ أَكْثَرُ مِنْ اخْتِمَالِ الرُّقِّ الْحَاصِلِ بِالْيَدِ ، لَا سِيَّمَا إِذَا لم يُعْرِفْ مِنَ الرَّجُلِ كُفْرًا ، وَلَا تَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ، فَلَا يَبْقَى ^(٦١) اخْتِمَالُ الرُّقِّ . وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الصَّوَابُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وإن ادَّعَى اثْنَانِ رَقَّ بِالْغِ فِي أَيْدِيهِمَا ، فَأَنكَرَ هَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وإن اعْتَرَفَ لَهَا بِالرُّقِّ ، ثَبِتَ رَقُهُ . فإن ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَفْسِهِ ، فاعْتَرَفَ لِأَحَدِهِمَا ، فهو لِمَنْ اعْتَرَفَ لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ

١٥٠/١١

(٥٥) فِي م : لِأَنَّهُ .

(٥٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٥٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥٨) فِي الْأَصْلُ : وَ تَمْيِيزُهُ .

(٥٩) فِي م تَهَادَةُ : إِنْ .

(٦٠) فِي أ ، ب ، م : رَقَهُ .

(٦١) فِي أ ، ب ، م : يَبْقَى .

بذمها عليه ، فأشبهه الطفل والثوب . ولنا ، أنه إنما^(٦٢) حكم برقه باغترافه ، فكان مملوكا لمن اعترف له ، كما لو لم تكن يده عليه . ويخالف الثوب والطفل ؛ فإن المالك حصل فيها باليد ، وقد تساوى فيها^(٦٣) ، وهما حصل بالاغتراف ، وقد اقتص به أحدهما ، فكان مختصا به . فإن أقام كل واحد منهما بيته أنه مملوكه ، تعارضتا ، وسقطتا ، أو يقرع^(٦٤) بينهما ، أو يُقسم بينهما^(٦٥) ، على ما مضى من التفصيل فيه . فإن قلنا بسقوطهما ، ولم يعترف لهما بالرق ، فهو حر ، وإن اعترف لأحدهما ، فهو لمن اعترف له ، وإن أقر لهما معا ، فهو بينهما ؛ لأن البينتين سقطتا ، وصارتا كالمعدومتين . فإن قلنا بالقرعة أو القسم ، فأنكرهما ، لم يلتفت إلى إنكاره ، وإن اعترف لأحدهما ، لم يلتفت إلى اغترافه ؛ لأن رقه ثابت بالبينة ، فلم يبق له يد على نفسه ، كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان ذرا في يد ثالث ، وأقام كل واحد منهما بيته أنها ملكه ، واعترف أنها ليست له ، ثم أقر أنها^(٦٦) لأحدهما ، لم يرجح بإقراره .

فصل : ولو كان في يده صغيرة ، فادعى نكاحها ، لم يقبل منه ، ولا يخلى بينها وبينه . ولو ادعى رقا قبل منه ، إذا كانت طفلة لا تعبّر عن نفسها ؛ لأن اليد دليل المالك ، وأما المدعى للنكاح^(٦٧) ، فهو مقر بحرمتها ، أو بأنها غير مملوكة له ، واليد لا تثبت على الحر ، فإذا كبرت فاعترفت له بالنكاح ، قبل إقرارها .

فصل : ولو ادعى ملك غير ، وأقام به بيته ، وادعى آخر أنه باعها منه ، أو وهبها إياه ، أو وقفها عليه ، أو ادعت امرأته أنه أصدقها إياها ، أو اعتقها ، وأقام بذلك بيته ، قضى له بها . بغير خلاف تعلمه ؛ لأن بيته هذا شهدت بأمر^(٦٨) خفى على البينة الأخرى ، والبينة الأخرى شهدت بالأصل ، فيمكن أنه كان ملكه ، ثم صنع به ما

(٦٢) سقط من : ١ .

(٦٣) ق م : فيه ٤ .

(٦٤) ق م : ويرع ٤ .

(٦٥) سقط من : الأصل .

(٦٦) ق الأصل : ٥ بها ١ .

(٦٧) ق ب : النكاح ٤ .

(٦٨) ق ١ : ٥ بها ٤ .

١٥٠/١١ ط شهدت به البيّنة الأخرى . ولو مات رجل ، وترك^(٦٩) داراً ، فادّعى ابنه أنّه عطفها ميراثاً ، وادّعت امرأته أنّه أصدقها / إياها ، وأقاما بذلك بيّنتين ، حكيم بها للمرأة ، لأنها تَدْعِي أَمْرًا لَدَا حِفْى عَلَى بَيِّنَةِ الْإِبْنِ ، وسواء شهدت البيّنة بالشراء وما في معناه ، بأنه باع ملكه أو ما في يده ، أو لم تشهد بذلك ، وسواء شهدت بالبيع والقَبْضِ ، أو لم تذكر القَبْضَ . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يثبت الملك للمشتري ، ولا يُزَالُ بَدَالِيعِ ، إلّا أَنْ تُشْهَدَ الْبَيِّنَةُ بِأَنَّهُ بَاعَ مَلِكُهُ أَوْ مَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْمُطْلَقَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَبِيعُ مَا لَا يَمْلِكُ . وَلَنَا ، أَنَّ بَيِّنَةَ الْبَائِعِ أَثَبَّتَ الْمَلِكُ لَهُ ، فَإِذَا قَامَتْ^(٧٠) بَيِّنَةُ الشَّرَاءِ عَلَيْهِ ، كَانَتْ حُجَّةً عَلَيْهِ فِي إِزَالَةِ مَلِكِهِ عَنْهَا إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَوَجِبَ الْقَضَاءُ لَهُ بِهَا . ولو ادّعى إنسان داراً في يد رجل أنّها له منذ سنة ، وأقام بهذا بيّنة ، فجاء ثالث ، فادّعى أنّه اشتراها من مدّعيها منذ سنتين ، وأقام بهذا بيّنة ، ثبت^(٧١) لمدّعي الشراء ، وليس في شهادة البيّنة الأولى أنّه تمكّلها منذ سنة ، ما يبطّل أنّها له منذ سنتين ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ مَلِكِهَا مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، وَمِلْكِهَا مِنْذُ سَنَةٍ ، فَإِنَّ الْمَالِكَ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ، يَسْتَعِيرُ مَلِكُهُ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ . فَإِنْ قَالَتْ بَيِّنَةُ الشَّرَاءِ : وَهُوَ^(٧٢) مَالِكُهَا . ثَبَتَ الْمَلِكُ ، بغير خلاف ، وإن لم تقل ذلك ، كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

فصل : ولو ادّعى رجل ملك دار في يد آخر ، وادّعى صاحب اليد أنّها في يده منذ سنتين ، وأقام كل واحد منهما بيّنة بدعواه ، فهي لمدّعي الملك ، بلا خلاف نعلمه ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ الدَّعْوَتَيْنِ وَلَا الْبَيِّنَتَيْنِ ، لأنها قد تكون ملكاً له وهي في يد الآخر . وإن ادّعى دابة أنّها له منذ عشرين سنة ، وأقام بهذا بيّنة ، فوجدت الدابة لها أقل من عشرين سنة ، فالبيّنة كاذبة ، والدابة لمن هي في يده .

فصل : وإذا شهد شاهدان على رجل أنّه أقر لفلان باللف ، وشهد أحدهما أنّه قضاه ،

(٦٩) في ب زيادة : تركه .

(٧٠) في م : أقامت .

(٧١) في الأصل ، م ، م ، م ، ثبت .

(٧٢) سقطت الواو من : م .

تَبَتِ الْإِفْرَارُ ، فَإِنْ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ^(٧٣) عَلَى الْقَضَاءِ ، تَبَتَ ، وَالْأَحْلَفَ الْمُقَرَّرَ لَهُ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِهِ ، وَتَبَتِ ^(٧٤) لَهُ الْأَلْفُ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنْ لَهُ عَلَيْهِ أَلْفًا ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَضَاهُ أَلْفًا ، لَمْ ^(٧٥) تُتَبَّتْ عَلَيْهِ الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْقَضَاءِ لَمْ يَشْهَدْ بِالْأَلْفِ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا تَضَمَّنَتْ شَهَادَتُهُ أَنَّهَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، / وَالشَّهَادَةُ لَا تُقْبَلُ إِلَّا صَرِيحَةً ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، فَإِنْ الْبَيِّنَةُ أَتَتْهُمُ الْأَلْفَ بِشَهَادَتَيْهَا الصَّرِيحَةِ بِهَا . وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، فَقَالَ : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى شَيْئًا . فَأَقَامَ بَيِّنَةً بِالْقَرْضِ ، وَأَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةً أَنَّهُ قَضَاهُ أَلْفًا ، وَلَمْ يُعْرِفِ التَّارِيخَ ، بَرَى بِالْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَبَّتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَلْفٌ وَاحِدٌ ، وَلَا يَكُونُ الْقَضَاءُ إِلَّا لِمَا عَلَيْهِ ، فَلِهَذَا جُعِلَ الْقَضَاءُ لِلْأَلْفِ الثَّابِتَةِ ^(٧٦) . وَإِنْ قَالَ : مَا أَقْرَضْتَنِي ^(٧٧) . ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِالْقَضَاءِ ، لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ ^(٧٨) فِي أَنَّهُ قَضَاهُ الْقَرْضَ ؛ لِأَنَّهُ بِإِنْكَارِهِ الْقَرْضَ تَعَيَّنَ صَرْفُهَا إِلَى قَضَاءٍ غَيْرِهِ . وَلَوْ لَمْ يَنْكِرِ الْقَرْضَ ، إِلَّا أَنَّ بَيِّنَةَ الْقَضَاءِ كَانَتْ مُؤَرَّخَةً بِتَارِيخٍ سَابِقٍ عَلَى الْقَرْضِ ، لَمْ يَجُزْ صَرْفُهَا إِلَى قَضَاءِ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْضَى الْقَرْضُ قَبْلَ وُجُودِهِ .

١٩٣٩ - مسألة : قَالَ : (وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ وَلَدَيْنِ مُسْلِمًا وَكَافِرًا ، فَادَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَادَّعَى الْكَافِرُ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ كَافِرًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَافِرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ بِإِعْرَافِهِ بِالْخَوَةِ الْكَافِرِ ، مُعْتَرِفٌ ^(١) أَنَّ ^(٢) أَبَاهُ كَانَ كَافِرًا ، مُدَّعٍ ^(٣) لِإِسْلَامِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِالْخَوَةِ الْكَافِرِ ، وَلَمْ تُكُنْ بَيِّنَةٌ بِالْخَوَةِ ، كَانَ الْعِيرَاتُ يَنْتَهَمَا يَصْغِفَيْنِ ؛ لِتَسَاوَى أَيْدِيهِمَا)

وجملته أنه إذا مات رجلٌ ، لا يُعْرَفُ دِينُهُ ، وَخَلَفَ تَرْكَةً وَابْنَيْنِ ، يَعْتَرِفَانِ أَنَّهُ أَبُوهُمَا ،

(٧٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : : شَاهِدٌ .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : : وَتَبَتَ .

(٧٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب ، م .

(٧٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : : الثَّانِيَةِ .

(٧٧) ق ب : : أَقْرَضَنِي .

(٧٨-٧٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١) ق ب ، م : : يَعْتَرِفُ .

(٢) ق م : : بِأَنَّهُ .

(٣) ق م : : مُدَّعِيَا .

أحدهما مُسْلِمٌ ، وَالْآخَرُ كَافِرٌ ، فَادْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اللَّهَ مَاتَ عَلَى دِينِهِ ، وَأَنَّ الْبَيْرَاتَ لَهُ دُونَ أَخِيهِ ، فَالْبَيْرَاتُ لِلْكَافِرِ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمُسْلِمِ لَا تَخْلُو مِنْ أَنْ يَدْعِيَ كَوْنَ الْمَيِّتِ مُسْلِمًا أَصْلِيًّا ، فَيَجِبُ كَوْنُ أَوْلَادِهِ مُسْلِمِينَ ، وَيَكُونُ أَخُوهُ الْكَافِرُ مُرْتَدًّا ، وَهَذَا يَخْلَافُ الظَّاهِرَ ، فَإِنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَقْرَعُ عَلَى رِدَّتِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . أَوْ يَقُولُ : إِنَّ إِبَاهَ كَانَ كَافِرًا ، فَأَسْلَمَ قَبْلَ مَوْتِهِ . فَهُوَ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّ الْأَصْلَ مَا قَالَهُ أَخُوهُ ، مُدْعٍ زَوَالَهُ وَإِتْقَالَهُ ، وَالْأَصْلُ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَيْهِ ^(٤) عَلَى مَا كَانَ ، حَتَّى يَثْبُتَ زَوَالُهُ . وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْجَزْقِيِّ : إِنَّ الْمُسْلِمَ / بِاعْتِرَافِهِ بِأَخُوَّةِ الْكَافِرِ مُعْتَرَفٌ أَنَّ إِبَاهَ كَانَ كَافِرًا ، مُدْعٍ ^(٥) لِإِسْلَامِهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُمَا فِي الدَّعْوَى سَوَاءٌ ، فَالْبَيْرَاتُ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ ، كَالْوَثْنَاءِ عِثْنَا فِي أَيْدِيهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْبَيْرَاتُ لِلْمُسْلِمِ مِنْهُمَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، لِأَنَّ الدَّارَ دَارَ الْإِسْلَامِ ، يُحْكَمُ بِإِسْلَامِ لِقِيطِهَا ، وَيَثْبُتُ لِلْمَيِّتِ ^(٦) فِيهَا ، إِذَا لَمْ يُعْرَفْ ^(٧) أَصْلُ دِينِهِ ، حُكْمُ الْإِسْلَامِ ؛ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ ، وَدَفْنِهِ ، وَتَكْفِينِهِ مِنَ التَّوْقِفِ الْمَوْقُوفِ عَلَى أَتْقَانِ مَوْتَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلِأَنَّ هَذَا حُكْمُهُ حُكْمُ ^(٨) الْمُسْلِمِينَ فِي تَفْسِيلِهِ ، وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ ، وَدَفْنِهِ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَسَائِرِ أَحْكَامِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي مِيرَاثِهِ ، وَلِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلَمُوهُ وَلَا يَتَعَلَّى عَلَيْهِ ^(٩) ، وَيجوزُ أَنْ يَكُونَ أَخُوهُ الْكَافِرُ مُرْتَدًّا ، لَمْ تَثْبُتْ عِنْدَ الْحَاكِمِ رِدَّتُهُ ، وَلَمْ يَنْتَهِ إِلَى الْإِمَامِ خَبْرُهُ ، وَظُهُورُ الْإِسْلَامِ بِنَاءً عَلَى هَذَا أَكْثَرُ مِنْ ظُهُورِ الْكُفْرِ بِنَاءً عَلَى كُفْرِ أَبِيهِ ، وَهَذَا جَعَلَ الشَّرْعَ أَحْكَامَهُ أَحْكَامَ الْمُسْلِمِينَ ، فِيمَا عَدَا الْمُتَنَازَعِ فِيهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّا نَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَتِ التَّرَكَّةُ فِي أَيْدِيهِمَا ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي أَيْدِيهِمَا ، قُرِعَ ^(١٠) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ ، وَاسْتَحَقَّ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا تَدَاعَا عِثْنَا . وَيَقْتَضِي كَلَامُهُ ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ بَعِيْنِهِ . وَهَذَا لَا يَصْلُحُ ^(١١) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْتَرِفُ أَنَّ هَذِهِ التَّرَكَّةُ تَرَكَّةُ هَذَا الْمَيِّتِ ، وَأَنَّهُ إِنَّمَا

(٤) سقط من : أ ، ب ، م .

(٥) ق م : د مدعيه .

(٦) سقط من : أ .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٨) ق م زيادة : د الموتى .

(٩) ق م : د أقرع .

(١٠) ق م : د يصح .

يَسْتَحِقُّهَا بِالْمِيرَاثِ ، فَلَا حُكْمَ لِيَدِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ الْأَمْرُ حَتَّى يُعْرِفَ أَصْلُ دِينِهِ ، أَوْ يَصْطَلِحَا ^(١١) . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الدَّلِيلِ عَلَى ظُهُورِ كُفْرِهِ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَعَيَّنُ التَّرْجِيحُ لِقَوْلِهِ ، وَصَرَّفَ الْمِيرَاثَ إِلَيْهِ ، وَأَمَّا ظُهُورُ حُكْمِ الْإِسْلَامِ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ ؛ فَلَأَنَّ الصَّلَاةَ لَا ضَرَرَ فِيهَا عَلَى أَحَدٍ ، وَكَذَلِكَ تَعْسِيلُهُ وَدَفْنُهُ . / وَأَمَّا قَوْلُهُ : إِنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى . فَإِنَّمَا يَعْلُو إِذَا ثَبِتَ ، وَالْتِزَاعُ فِي ثُبُوتِهِ . وَهَذَا فِيمَا إِذَا لَمْ يَثْبُتْ ^(١٢) أَصْلُ دِينِهِ ^(١٣) ، فَأَمَّا إِنْ ثَبِتَ أَصْلُ دِينِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَنْفِيهِ عَلَيْهِ مَعَ بَيِّنَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِمَا ذَكَرَ ^(١٤) فِي الَّتِي قَبْلُهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَدَّعِيهِ ، كَسَائِرِ الْمَوَاضِعِ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَعْتَرِفِ الْمُسْلِمُ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، وَادَّعَى كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ مَيِّتَ أَبِيهِ دُونَ الْآخَرِ ، فَهُمَا سَوَاءٌ فِي الدَّعْوَى ^(١٥) ؛ لِتَسَاوِي أُيْدِيهِمَا وَدَعَاوِيهِمَا ، فَإِنَّ الْمُسْلِمَ وَالْكَافِرَ فِي الدَّعْوَى سَوَاءٌ ، وَيُقَسَّمُ مِيرَاثُهُ بِنِصْفَيْنِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أُيْدِيهِمَا دَارٌ ، فَأَدَّعَاهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ قَوْلُ الْمُسْلِمِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٤٠ - مسألة : قَالَ : (وَإِنْ أَقَامَ الْمُسْلِمُ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَأَقَامَ الْكَافِرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا ، أُسْقِطَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَكَانَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَإِنْ قَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ كَافِرًا . وَقَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ مُسْلِمًا ، فَأَلْمِيرَاثُ لِلْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَطْرَأُ عَلَى الْكُفْرِ إِذَا لَمْ يُورَخْ ^(١) الشُّهُدُ ^(٢) مَعْرِفَتَهُمْ)

وجملة ذلك أنه إذا خَلَفَ المَيِّتُ وَلَدَيْنِ ؛ مُسْلِمًا وَكَافِرًا ، فَأَدَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَأَقَامَ ^(٣) بذلك بَيِّنَةً ، وَأَقَامَ ^(٤) الْكَافِرُ بَيِّنَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا ، وَلَمْ

(١١) فِي الْأَصْلِ : وَ يَصْطَلِحَا .

(١٢-١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٣) فِي أ ، ب ، م : ذَكَرْنَا .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : الدَّعْوَى .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : يَقْدَحُ .

(٢) فِي : شُهُود .

(٣-٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب . نَقَلَ نَظْرَ .

يُعرف أصل دينه ، فهما مُتعارضتان . وإن عُرِفَ أصل دينه ، نظرنا في لَفْظِ الشَّهَادَةِ ؛ فإن شَهِدَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ منهما أَنَّهُ كَانَ آخِرَ كَلَامِهِ التَّلْفِظُ بما شَهِدَتْ به ، فهما مُتعارضتان ، وإن شَهِدَتْ إحداها أَنَّهُ مات على دين الإسلام ، وشَهِدَتِ الأُخْرَى أَنَّهُ مات على دين الكُفْرِ ، قُدِّمَتِ بَيِّنَةٌ مَنْ يَدَّعي اثِّبَالَهُ عن دينه ؛ لأنَّ المُبَيِّنَةَ له على أصل دينه ، ثَبَّتْ شَهادَتُها على الأصل الذي تُعرفه ؛ لأنَّهما إذا عَرَفَا أصلَ دينه ولم يُعرفا اثِّبَالَهُ عنه ، جازَ لهما أَنْ يَشْهَدا أَنَّهُ مات على دينه الذي / عَرَفاه ، والْبَيِّنَةُ الأُخْرَى معها عِلْمٌ لم تُعْلَمْهُ الأولى ، فَقُدِّمَتْ عليها ، كَالوَشَهِدِ^(٤) بِأَنَّ هَذَا الْعَبْدَ كَانَ مُلْكًا لِفُلَانٍ إِلَى أَنْ مَاتَ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ أُعْتِقَهُ أَوْ بَاعَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، قُدِّمَتِ بَيِّنَةُ الْعِتْقِ وَالْبَيْعِ . فَمَا إِنْ قَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ ("قَبْلَ مَوْتِهِ قَدْ") كَانَ مُسْلِمًا . وَقَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ^(٥) كَافِرًا . نَظَرْنَا فِي تَارِيخِهِمَا ؛ فَإِنْ كَانَتَا مُوَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، عَمِلَ بِالْآخِرَةِ منهما ، لِأَنَّهُ ثَبَّتَ أَنَّهُ انْتَقَلَ عَمَّا شَهِدَتْ بِهِ الأولى ، إِلَى مَا شَهِدَتْ بِهِ الْآخِرَةُ . وَإِنْ كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ ، قُدِّمَتِ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَقْرُءُ عَلَى الْكُفْرِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَقَدْ يُسَلِّمُ الْكَافِرُ ، فَيُقْرَأُ . وَإِنْ كَانَتَا مُوَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، نَظَرْتُ فِي شَهادَتِهِمَا ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى اللَّفْظِ ، فَهَمَا مُتعارضتان . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَلَى اللَّفْظِ ، وَلَمْ يُعرفَ أَصْلُ دينه ، فَهَمَا مُتعارضتان . وَإِنْ عُرِفَ أَصْلُ دينه ، قُدِّمَتِ الثَّاقِلَةُ له عن أَصْلِ دينه . وَكُلُّ مَوْضِعٍ تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، فَقَالَ الْخَرَقِيُّ : تَسْقُطُ الْبَيِّنَتَانِ ، وَيَكُونَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لهما . وَقَدْ ذَكَرْنَا رِوَايَتَيْنِ أُخْرَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقِرْعَةُ ، حَلَفَ ، وَأَخَذَ . وَالْثَانِيَةُ ، تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا . وَغَوْ هَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُقَدِّمُ بَيِّنَةُ الْإِسْلَامِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ مَعَهُ . وَقَوْلُ الْخَرَقِيِّ ، فِيمَا إِذَا قَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ مُسْلِمًا . وَقَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ كَافِرًا . مَحْمُولٌ عَلَى مَنْ لَمْ يُعرفَ أَصْلُ دينه ، أَوْ عِلْمٌ^(٦) أَنَّ^(٧) أَصْلَ دينه الْكُفْرُ . أَمَّا مَنْ كَانَ مُسْلِمًا فِي الْأَصْلِ ، فَيُبَغْيَى أَنْ تُقَدِّمَ بَيِّنَةُ

(٤) ق م : « شهد » .

(٥) - ٥ : سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦) سقط من : ا ، ب .

(٧) ق م : « على » .

(٨) سقط من : ب .

الكُفْرِ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْإِسْلَامِ يَجُوزُ أَنْ تَسْتَنِدَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ فِي الْأَصْلِ .

فصل : وَإِنْ خَلَفَ ابْنُ مُسْلِمًا ، وَأَخَا كَافِرًا ، فَاخْتَلَفَا فِي دِينِهِ حَالَ مَوْتِهِ ^(٩) ،

فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا . وَهَكَذَا سَائِرُ الْأَقَارِبِ ، إِلَّا أَنْ يُخْلَفَ ^(١٠) أَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ^(١١) ، أَوْ ١٥٣/١١
غَيْرَهُمَا مِنَ الْأَقَارِبِ ، وَيُخْتَلَفُونَ فِي دِينِهِ ، فَإِنْ كَوَّنَ الْأَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ بِمَنْزِلَةِ مَعْرِفَةِ أَصْلِ
دِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ قَبْلَ بُلُوغِهِ مُحْكَمٌ لَهُ بِدِينِ أَبِيهِ ، فَيُبَيَّنُ ^(١٢) أَنَّهُ كَانَ كَافِرًا ، وَأَنَّ الْابْنَيْنِ
يَدْعِيَانِ إِسْلَامَهُ ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْأَبَوَيْنِ . وَإِنْ كَانَ ^(١٣) مُسْلِمَيْنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا فِي
إِسْلَامِهِ ، لِأَنَّ كُفْرَهُ يَنْتَبِيْ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُسْلِمًا فَارْتَدَّ ، أَوْ أَنَّ ^(١٤) أَبُوهُ كَانَ كَافِرَيْنِ ، فَاسْلَمَا
بَعْدَ بُلُوغِهِ ، وَالْأَصْلُ خِلَافُهُ .

فصل : وَلَوْ مَاتَ مُسْلِمٌ ، وَخَلَفَ زَوْجَةً وَوَرَثَةً سِوَاهَا ، وَكَانَتِ الزَّوْجَةُ كَافِرَةً ، ثُمَّ

أُسْلِمَتْ ، فَادَّعَتْ أَنَّهَا أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَأَنْكَرَهَا الْوَرَثَةُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ
الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهَا كَافِرَةٌ ، فَادَّعَى عَلَيْهَا الْوَرَثَةُ أَنَّهَا كَانَتْ كَافِرَةً ،
فَأَنْكَرْتَهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا ادَّعَوْهُ عَلَيْهَا . وَإِنْ ادَّعَا أَنَّهُ طَلَّقَهَا قَبْلَ
مَوْتِهِ ، فَأَنْكَرْتَهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَإِنْ اعْتَرَفَتْ بِالطَّلَاقِ ، وَاتَّقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَادَّعَتْ أَنَّهُ
رَاجَعَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ . وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي اتَّقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، فِي أَنَّهَا لَمْ
تَنْقُضْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤها . وَلَا تَعْلَمُ فِي هَذَا كُلَّهُ خِلَافًا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابُ
الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَوْ خَلَفَ وَلَدَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا كَانَ مُسْلِمًا حِينَ
مَوْتِ أَبِيهِ ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهُ أَسْلَمَ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ ، وَجَحَدَهُ أَخُوهُ ، فَالْمِيرَاثُ لِلْمُتَّفِقِ عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْكُفْرِ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ زَوَالُهُ ، وَعَلَى أُخِيهِ الْيَمِينُ ، وَتَكُونُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهَا
عَلَى نَفْيِ فِعْلٍ أُخِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَبُتُ أَنَّهُ كَانَ مُسْلِمًا قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَإِنْ مَرَّ أَسْلَمَ عَلَى
مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ ، قُسِمَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا ، وَالْآخَرُ رَقِيْقًا ، ثُمَّ عَتَقَ ، وَاخْتَلَفَا

(٩) ق ١ ، م : ٥ : الموت .

(١٠ - ١١) ق ٣ : م : ٥ : أبوين كافيرين وابتين مسلمين .

(١١) ق ٣ : م : ١ : ثبت .

(١٢) ق ٣ : م : ١ : كان .

(١٣) ق ١ : م : ١ ، ب : ٥ : وأن .

في حُرَّتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، فالقول قول مَنْ يَنْفِيهَا . وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ كَانَ رَقِيقًا وَلَا كَافِرًا ، فَادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ ، فَأُتِيَكَرَ ، فالقول قوله / ، والْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ ، وَعَدَمُ مَا سِوَاهُمَا .

فصل : وَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُ الْاِثْنَيْنِ فِي غُرَّةِ شَعْبَانَ ، وَالْآخَرُ ^(١٤) فِي غُرَّةِ رَمَضَانَ ، وَاخْتَلَفَا فِي مَوْتِ أَبِيهِمَا ، فَقَالَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا : مَاتَ فِي شَعْبَانَ ، فَوَرَّثْتُهُ وَخِذِي . وَقَالَ الْآخَرُ : مَاتَ فِي رَمَضَانَ . فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ حَيَاتِهِ حَتَّى يُعْلَمَ زَوَالُهَا . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَعَارَضَانِ . وَالثَّانِي ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ مَوْتِهِ فِي شَعْبَانَ ؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَتُ مَوْتِهِ فِي شَعْبَانَ ، وَبِجُوزِ أَنْ يَحْفَى ذَلِكَ عَلَى الْبَيِّنَةِ الْآخَرَى .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي دَارٍ ، فَادَّعَى أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذِهِ الدَّارُ ^(١٥) دَارِي ، وَرِثْتُهَا مِنْ أُمِّي . وَادَّعَى الْآخَرُ ، أَنَّهَا دَارُهُ ، وَرِثْتُهَا مِنْ أَبِيهِ . وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَخًا لِلْآخَرِ ، وَكَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ، سِوَاءَ كَانَ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَتْ ^(١٦) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا ، تَعَارَضَتَا ، وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَا فِي مِثْلِهَا .

١٩٤١ — مسألة ؛ قَالَ : (وَمَاذَا مَاتَتِ امْرَأَةٌ وَابْنُهَا ، فَقَالَ زَوْجُهَا : مَاتَتْ قَبْلَ ابْنِهَا ، فَوَرَّثَتَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ ابْنِي ، فَوَرَّثْتُهُ . وَقَالَ أَخُوهَا : مَاتَ ابْنُهَا ، فَوَرَّثْتُهُ ، ثُمَّ مَاتَتْ ، فَوَرَّثَتَاهَا . خَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إِبْطَالِ دَعْوَى صَاحِبِهِ ، وَكَانَ مِيرَاثُ الْاِثْنَيْنِ لِأَبِيهِ ، وَمِيرَاثُ الْمَرْأَةِ لِأَخِيهَا وَزَوْجِهَا نَصْفَيْنِ)

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضًا ، واختلف الأحياء من ورثتهم في أسبقهم بالموت ، كأمراة وابنتها ماتا ، فقال الزوج : ماتت المرأة أولاً ، فصارت ميراثها كله

(١٤) في م : فُ وأسلم الآخر .

(١٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١٦) في م : كان .

لى ولانى ، ثم مات ابنى فصار ميراثه لى . وقال أخوها : مات ابنها أولا ، فورثت ثلث ماله ، ثم ماتت ، فكان ميراثها بينى وبينك نصفين . حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأخياء من ورثته ، دون من مات معه ؛ لأن سبب استحقاق / الحى من موروته موجود ، وإنما يمتنع لبقاء^(١) موروث الآخر بعده ، وهذا أمر مشكوك فيه ، فلا نزول عن اليقين بالثبوت ، فيكون ميراث الابن لأبيه ، لا مشارك له فيه ، وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين . وهذا مذهب الشافعى . فإن قيل : فقد أعطى الزوج النصف^(٢) ، وهو لا يدعى إلا الربع . قلنا : بل هو مدعى له كله ؛ رغبة بميراثه منها ، وثلاثة أرباعه بإرثته من ابنه . قال أبو بكر : وقد ثبت البتة يقين ، فلا يقطع ميراث الأب منه إلا ببينة تقوم للأخ . وهذا تعليل لقول الخرقي فى هذه المسألة . وذكر قول آخر ، أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين . قال : وهذا اختياري أن كل رجلين ادعى مالا يمكن صدقهما فيه ، فهو بينهما نصفين . وهذا لا يندرى ما أراد به ؛ إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين ، فهو قول الخرقي ، وليس بقول آخر ، وإن أراد أن ماله ومال^(٣) الابن بينهما نصفين ، لم يصح ؛ لأنه يفضى إلى إعطاء الأخ مالا يدعى ، ولا يستحقه يقينا ؛ لأنه لا يدعى من مال الابن أكثر من سدسه ، ولا يمكن أن يستحق أكثر منه ، وإن أراد أن ثلث مال الابن يضم إلى مال المرأة ، فيقسمانه نصفين ، لم يصح ؛ لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما ، لا ينازعه الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما فى نصفه . ويحتمل أن يكون هذا مراده^(٤) ، كما لو تنازع رجلان دارا فى أيديهما ، فادعاهما أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، فإنها تقسم بينهما نصفين ، وتكون البيمين على مدعى النصف ، لأن الفرق بين هذه المسألة وتلك ، أن الدار فى أيديهما ، فكل واحد منهما فى يده نصفها ، فمدعى النصف يدعى وهو^(٥) فى يده ، فقبل قوله فيه مع يمينه ، وفى مسألتنا

(١) فى ب : إبقاء .

(٢) فى م : نصف ميراث المرأة .

(٣) فى ب : أو مال .

(٤) فى زيادة : كما لو تنازع الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما عفى .

(٥) فى ب ، م : وهى .

يَعْتَرِفَانِ أَنَّ هَذَا مِيرَاثٌ عَنِ الْمَيِّتَيْنِ ، فَلَا يَدُّ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ ؛ لَا غَيْرَ أَفَهُمَا بِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِهَـمَا ، وَإِنَّمَا هُوَ مِيرَاثٌ يَدُّ عِيَانِهِ مِنْ (١) غَيْرِهِمَا ، وَإِنْ أَرَادَ (٢) أَنَّهُ (٣) يُضَمُّ سُدُسُ مَالِ الْإِبْنِ إِلَى نِصْفِ مَالِ الْمَرْأَةِ ، فَيُتَسَمُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَلَهُ وَجْهٌ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَا فِي دَعْوَاهُ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً فِي أَيْدِيهِمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْيَجِينَ فِيمَا حُكِمَ لَهُ بِهِ . وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ قَوْلُ أَصْحَابِنَا فِي الْعَرَقِيِّ وَالْهَدَمِيِّ ، أَنَّ يَكُونَ سُدُسُ مِيرَاثِ الْإِبْنِ لِلْأَخِ ، وَبِاقِي الْجِيرَانَيْنِ لِلزَّوْجِ ؛ لِأَنَّا نَقْدُرُ أَنَّ الْمَرْأَةَ مَاتَتْ أَوَّلًا ، فَيَكُونُ مِيرَاثُهَا (٤) لِأَيِّهَا وَزَوْجُهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْإِبْنُ ، فَوَرِثَ الزَّوْجُ كُلُّ مَا فِي يَدِهِ ، فَصَارَ مِيرَاثُهَا (٥) كُلَّهُ لِزَوْجِهَا ، ثُمَّ نَقْدُرُ أَنَّ الْإِبْنَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ ؛ لِأُمِّهِ الثُّلُثُ ، ثُمَّ مَاتَتْ ، فَصَارَ الثُّلُثُ بَيْنَ أُخِيهَا وَزَوْجِهَا نِصْفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، فَلَمْ يَرِثِ الْأَخُ إِلَّا سُدُسَ مَالِ الْإِبْنِ ، كَمَا ذَكَّرْنَا . وَلَعَلَّ هَذَا (٦) الْقَوْلُ يَخْتَصُّ بِمَنْ جُهِلَ مَوْتُهُمَا ، وَاتَّفَقَ وَرَاثُهُمَا (٧) عَلَى الْجَهْلِ بِهِ . وَالْقَوْلَانِ الْمُتَقَدِّمَانِ ؛ قَوْلُ الْجَرَقِيِّ ، وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، فِيمَا إِذَا ادَّعَى وَرَثَةُ كُلِّ مَيِّتٍ أَنَّهُ مَاتَ أُخِيرًا ، وَأَنَّ الْآخَرَ مَاتَ قَبْلَهُ ، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ بِمَا ادَّعَاهُ ، حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَهَلْ تَسْقُطَانِ ، (٨) أَوْ يُقَرَّعُ (٩) بَيْنَهُمَا ، أَوْ يُقْتَسِمَانِ مَا اخْتَلَفَا فِيهِ ؟ يُخَرَّجُ عَلَى الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : ولو كان في يد رجل دارٌ ، فادَّعَبَ امْرَأَتَهُ أَنَّهُ أَصْدَقَهَا بِهَا ، أَوْ أَنَّهَا اشْتَرَتْهَا مِنْهُ ، فَأَنكَرَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الْمُنْكَرِ مَعَ بَيِّنَةٍ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَشْهَدُ بِزِيَادَةِ خَفِيفَتِ عَلَى بَيِّنَةِ الزَّوْجِ . وَإِنْ مَاتَ الرَّجُلُ ، وَخَلَفَ ابْنًا ، فَادَّعَى الْإِبْنُ أَنَّهُ خَلَفَ الدَّارَ مِيرَاثًا ، وَادَّعَبَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ

(٦) ق م : ٥ عن ٤ .

(٧) ق ب م ، ٣ : ٣ أَرَادَا .

(٨) ق ب م ، ٣ : ٣ أَنْ .

(٩-٩) سقط من : ١ . نقل نظر .

(١٠) سقط من : ١ .

(١١) ق ١ : ١ وَرَثَتُهُمَا .

(١٢-١٢) ق م : ٥ أَوْ تَسْمَلَانِ فَيُقَرَّعُ .

أَصْدَقَهَا إِثَابًا ، أَوْ بَاعَهَا إِثَابًا ، وَأَقَامَا يَتِيمَتَيْنِ ، قُدِّمَتِ بَيْتَةُ الْمَرْأَةِ ؛ لِذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ تُكُنْ بَيْتَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْإِبْنِ مَعَ يَمِينِهِ . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا اخْتِلَافًا .

فصل : إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ أَكْثَرَى بَيْتًا^(١٣) فِي دَارِهِ^(١٤) لِرَجُلٍ / شَهْرًا بَعَثَرَةً ، فَادَّعَى الرَّجُلُ أَنَّهُ أَكْثَرَى الدَّارَ كُلَّهَا بَعَثَرَةً ، ذَلِكَ الشَّهْرُ ، وَلَا بَيْتَةً لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْعَقْدِ ،^(١٥) إِلَّا أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا^(١٦) فِي قَدْرِ الْمُكْتَرَى ، فَيَتَحَالَفَانِ ، وَقَدْ مَضَى حُكْمُ التَّحَالُفِ فِي الْبَيْعِ^(١٧) . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَهُ عَبْدَهُ هَذَا بَعَثَرَةً ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي : بَلْ هُوَ الْعَبْدُ الْآخَرُ بَعَثَرَةً . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ . وَلَمْ يَجْعَلْ بَيْنَهُمَا تَحَالُفًا ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَدَّعِي بَيْعًا فِي الْعَبْدِ الزَّائِدِ ، يُنْكِرُهُ الْبَائِعُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَهَذَا مِثْلُهُ . فَعَلِيَ هَذَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرَى^(١٨) مَعَ يَمِينِهِ إِذَا عُدِمَتِ الْبَيْتَةُ . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا يَدْعُوَاهُ بَيْتَةً ، حَكِمَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(١٩) بَيْتَةٌ ، تَعَارَضْنَا ، سَوَاءٌ كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا مُؤَرَّخَةٌ وَالْأُخْرَى مُطْلَقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى الْبَيْتِ مُقَرَّدًا ، وَعَلَى الدَّارِ كُلِّهَا ، فِي زَمَنِ وَاحِدٍ ، مُحَالٌ ، فَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطَانِ . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَأَلَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا بَيْتَةٌ ، وَإِنْ قُلْنَا : يُقَرَّرُ بَيْنَهُمَا . قَدَّمْنَا قَوْلَ مَنْ تَفَعَّلَ لَهُ الْقِرْعَةُ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ ، تَقَدَّمَ بَيْتَةُ الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهَا تَشْهَدُ بِزِيَادَةِ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا أَوْجِبْتُمُ الْآخَرَتَيْنِ مَعَ أَعْلَى الْمُكْتَرَى ، كَمَا قُلْتُمْ فِيمَا إِذَا قَامَتِ الْبَيْتَةُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ بِالْأَلْفِ ، وَقَامَتِ^(٢٠) الْبَيْتَةُ الْآخَرَى^(٢١) أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ بِمِائَةٍ : يَجِبُ الْمَهْرَانِ ؟ قُلْنَا : ثُمَّ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَهْرَانِ مُسْتَقَرَّيْنِ ، بَأَنَّ يَتَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ ، وَيَدْخُلُ بِهَا ، ثُمَّ يُخَالِعُهَا ، ثُمَّ يَتَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ . وَأَمَّا الْأَجْرَةُ ،

(١٣) ق م : اكترى .

(١٤) ق م : من دار .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) تقدم في : ١٤١/٨ ، ١٤٢ .

(١٧) ق م : المكترى .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) ق م ، ب ، م : بيتة أخرى .

فلا تُستَقَرُّ إِلَّا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَإِذَا عَقَدَ عَقْدًا قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَجْزِ أَنْ تَجِبَ الْأَجْرَتَانِ .

١٩٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ ، أَنَّهُ أَخَذَ مِنْ صَبِيٍّ أَلْفًا ، وَشَهِدَ آخَرَانِ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ ، أَنَّهُ أَخَذَ مِنَ الصَّبِيِّ أَلْفًا ، كَانَ عَلَى وَلِيِّ الصَّبِيِّ أَنْ يُطَالِبَ أَحَدَهُمَا بِالْأَلْفِ ، إِلَّا أَنْ تُكُونَ كُلُّ بَيِّنَةٍ لَمْ تُشْهِدْ بِالْأَلْفِ الَّتِي ^(١) شَهِدَتْ بِهَا ^(٢) الْآخَرَى ، فَيَأْخُذَ الْوَلِيُّ الْأَلْفَيْنِ)

أَمَّا إِذَا كَانَتْ كُلُّ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ بِالْأَلْفِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، فَإِنَّ الْوَلِيَّ يُطَالِبُ بِالْأَلْفَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ ثَبَتَ عَلَيْهِ أَخْذُ الْأَلْفَيْنِ ، فَيَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ ^(٣) ، وَعَلَى الْوَلِيِّ الْمُطَالَبَةُ ^(٤) بِهَا ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْأَلْفِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ أَلْفًا مُعَيَّنًا ، فَشَهِدَتْ بَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا الرَّجُلَ هُوَ الْآخِذُ لَهَا ^(٥) ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا أَلْفٌ وَاحِدٌ ^(٦) ، وَلِلْوَلِيِّ مُطَالَبَةُ آيِهِمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخَذَ الْأَلْفَ ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَرُدَّهُ ، فَقَدْ اسْتَقَرَّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ كَانَ رَدَّهُ إِلَى الصَّبِيِّ ، لَمْ تَبْرَأْ ذِمَّتُهُ بِرَدِّهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ قَبْضٌ صَحِيحٌ . فَإِنْ غَرِمَهُ الَّذِي لَمْ يَرُدَّهُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ غَرِمَهُ الرَّادُّ لَهُ ، رَجَعَ عَلَى الَّذِي لَمْ يَرُدَّهُ . فَإِنْ غَرِمَهُ أَحَدُهُمَا ، فَأَدَّعَى أَنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَى صَاحِبِهِ ، لِيَرْجَعْ عَلَيْهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْآخَرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ اسْتِقْرَارِهِ عَلَيْهِ .

١٩٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ خَرَبَتَيْنِ جَاءَاَنَا ^(١) مِنْ أَرْضِ الْحَرْبِ ، فَذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَخُو صَاحِبِهِ ، جَعَلْتَاهُمَا أُخُوَيْنِ . وَإِنْ كَانَا سَيًّا ، فَأَدَّعَا ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ أُعْتِقَا ^(٢) ، فَمِيرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمُعْتَقِ ، إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، إِلَّا أَنْ

(١) ق م : وَ الَّذِي .

(٢) ق م : وَ بِهِ .

(٣) ق م : وَ أَدَاؤُهُ .

(٤) ق ا ، م : وَ أَنْ يُطَالِبَ .

(٥) ق الْأَصْل : وَ لَهَا . وَق ب : وَ بِهَا .

(٦) ق ب : وَ وَاحِدَةٌ .

(١) ق ا ، م : وَ جَاءَا .

(٢) ق ا : وَ عَتَقَا .

تَقْرُومُ بِمَا ادَّعَاهُ^(٣) بَيِّنَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَيُبَيِّنُ النَّسَبَ ، وَيُورِثُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَخِيهِ (

وجملته أن أهل الحرب إذا دخلوا إلينا مسلمين ، أو غير مسلمين ، فأقر بعضهم بنسب بعض ، ثبت نسبهم ، كما ثبت نسب أهل دار الإسلام من المسلمين وأهل الذمة بإقرارهم ، ولأنه إقرار لا ضرر على أحد فيه ، فقبل ، كما أقر بهم بالحقوق المالية ، ولا تعلم في هذا خلافا . وإن كانوا سبيا ، فأقر بعضهم بنسب بعض ، وقامت بذلك بينة من المسلمين ، ثبت أيضا ، سواء كان الشاهد أسيرا عندهم ، أو غير أسير . ويسمى الواحد من هؤلاء حميلا ، أى محمولا ، كما يقال / للمفتول قتل ، وللمجروح جريح ؛ لأنه حُمِلَ من دار الكفر . وقيل : سُمي حميلا ؛ لأنه حُمِلَ نسبه على غيره . وإن شهد بنسبه الكفار ، لم تقبل . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أن شهادتهم في ذلك تقبل ؛ لتعذر شهادة المسلمين به في الغالب ، فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية في السفر ، إذا لم يكن غيرهم . والمذهب الأول ؛ لأننا إذا لم تقبل شهادة الفاسق ، فشهادة الكافر أولى ، وإنما لم تقبل إقرارهم ؛ لما في ذلك من الضرر على المعتق^(٤) ، بتفويت إرثه بالولاء ، على تقدير العتق . وإن صدقهما معترفهما ، قبل ؛ لأن الحق له . وإن لم يصدقهما ، ولم تقم بينة بذلك ، لم يرث بعضهم من بعض ، وميراث كل واحد منهما للمعتق . وهذا قول الشافعي ، فيما إذا أقر بنسب أب ، أو أم ، أو جد ، أو ابن عم . وإن أقر بنسب ولد^(٥) ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، لا يقبل . والثاني ، يقبل ؛ لأنه يملك أن يستولد ، فملك الإقرار به . والثالث ، إن أمكن أن يستولد بعد عتقه ، قبل ؛ لأنه يملك الاستيلاء بعد عتقه ، وإلا لم يقبل ؛ لأنه لا يملكه^(٦) قبل عتقه^(٧) . ويروى عن ابن مسعود ،

(٣) في الأصل : ادعيا .

(٤) في : السيد .

(٥) سقط من : م .

(٦) في : يملك .

(٧) في زيادة : أو يستولد قبل عتقه .

وَمَسْرُوقٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ إِقْرَارَهُ يُقْبَلُ فِيمَا يُقْبَلُ فِيهِ^(٨) الْأَخْرَارُ
 الْأَصْلِيُّونَ^(٩) . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ أَقْرَبُ نَسَبٍ وَارِثٌ مَجْهُولُ النِّسَبِ ،
 يُمَكِّنُ صِدْقَهُ فِيهِ ، وَيُؤَافِقُ^(١٠) الْمُقَرَّرَ لَهُ فِيهِ ، فَقَبِلَ ، كَالْوَأْقَرِّ مَنْ لَهُ أَخٌ بِنَسَبِ ابْنِهِ ، وَبِهَذَا
 الْأَصْلُ يُطْلَقُ مَا ذَكَرْتُمُوهُ^(١١) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ ، أَنَّ عَمْرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ
 إِلَى شُرَيْحٍ ، أَنَّ لَا تُورَثُ حِمِيلًا ، حَتَّى تَقُومَ بِهِ بَيِّنَةٌ . رَوَاهُ سَعِيدُ^(١٢) . وَقَالَ أَيْضًا^(١٣) :
 حَدَّثَنَا سَفْيَانُ ، عَنْ ابْنِ جُرْدَعَانَ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : كَتَبَ عَمْرُ بْنُ
 ١٥٦/١١ الطَّحْطَابِ : أَنَّ لَا تُورَثُ حِمِيلًا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وَلِأَنَّ إِقْرَارَهُ يَتَضَمَّنُ اسْتِقْطَاطَ حَقِّ^(١٤) مُعْتَقِهِ / مِنْ
 مِيرَاثِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَالْوَأْقَرِّ أَنَّهُ مُؤَلَى لِغَيْرِهِ ،^(١٥) أَوْ أَنَّ^(١٦) غَيْرَهُ شَرِيكُهُ فِي وَلَايِهِ ، وَفَارَقَ
 الْإِقْرَارَ مِنَ الْحُرِّ الَّذِي لَهُ أَخٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ نَتِيجَةُ الْمِلْكِ ، فَجَرَى مَجْرَاهُ ، وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ
 ثَبَتَ عَنْ عَوَضٍ ، وَالْأَخُوَّةُ بِخِلَافِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : أَتُعْتِقُ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَى
 نَعْتِهِ . صَحَّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ^(١٧) الْوَلَاءُ ؟ وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ بَعَوُضٍ ، كَانَ أَقْوَى مِنَ النِّسَبِ ،
 وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا النِّسَبَ فِي الْمِيرَاثِ لِقُرْبِهِ ، لِأَلِقْوَتِهِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ذَوِي الْفُرُوضِ عَلَى الْعَصَبَةِ مَعَ
 قُرْبِهِمْ^(١٨) .

فصل : فإِنْ^(١٩) كَانَا مُحْتَطَفِي الدِّينِ ، لَمْ يَثْبُتِ النِّسَبُ بِإِقْرَارِهِ^(٢٠) ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَارَثَا ؛

(٨) ق م : ١ من الأحرار .

(٩) ق م : ١ الأصلين .

(١٠) ق م : ١ ووافقه .

(١١) ق م : ١ ذكره .

(١٢) ق : باب لا يورث الحميل إلا ببينة ، من كتاب الفرائض . السنن ١/ ٨٩ ، ٩٠ .

كما أخرجه وكيع ، عن شرح ، ق : أخبار القضاة ٢/ ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ .

(١٣) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٤-١٥) ق م : ١ فإن .

(١٥) ق م ، أ ، ب ، م : ١ إلا .

(١٦) ق الأصل : ١ قوتهم .

(١٧) ق م : ١ فإذا .

(١٨) ق م : ١ بإقرارهما .

لأنه يَحْتَمِلُ أَنْ يُسَلِّمَ الْكَافِرُ مِنْهَا فَيَرِثَ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَقْرَأَ بِالنَّسَبِ فِي حَالِ رِقَبِهِمَا ، لَمْ يَثْبُتْ ؛ لِاحْتِمَالِ التَّوَارُثِ بِالْعِتْقِ . وَإِنْ وُلِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١٩) ابْنٌ مِنْ حُرَّةٍ ، فَأَقْرَأَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٢٠) لِلْآخَرِ أَنَّهُ ابْنُ عَمِّهِ ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَقْبَلَ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ؛ لِوُجُودِ الْمُقْتَضَى لِقَبُولِهِ ^(٢١) ، وَانْتِفَاءِ الْمُعَارِضِ . وَاحْتَمَلَ أَنْ ^(٢٢) لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ الْمُسْلِمُونَ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْبَلَ إِقْرَارُ الْأَصُولِ ، فَالْفِرْعُ أَوَّلَى . فَإِنْ قُلْنَا : يَقْبَلُ إِقْرَارُهَا . فَأَقْرَأَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ أَنَّهُ عَمُّهُ ، لَمْ يَثْبُتِ الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ إِلَى أَنَّهُ ابْنُ أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ لَوَرِثَ عَمُّهُ دُونَ مَوْلَاهُ الْمُعْتَقِ لَهُ . وَهَلْ يَثْبُتُ بِالنَّسَبِ إِلَى الْعَمِّ ، فَيَرِثُ ابْنُ أَخِيهِ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ ؛ لِانْتِقَالِ ^(٢٣) الْوِلَاءِ عَنِ ابْنِ الْأَخِ ، فَلَا تُفْضَى صِحَّةُ الْإِقْرَارِ إِلَى إِسْقَاطِ الْوِلَاءِ . وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ بِالنَّسَبِ إِلَى أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِي الْآخَرِ .

١٩٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الزَّوْجَانِ فِي النَّيْتِ ، فَأَقْرَعَا ، أَوْ مَاتَا ، فَأَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي النَّيْتِ أَنَّهُ لَهُ ، أَوْ وَرَثَتُهُ ، حُكْمٌ بِمَا كَانَ يَصْلُحُ لِلرُّجَالِ لِلرُّجُلِ ، وَمَا كَانَ يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ لِلْمَرْأَةِ ، وَمَا كَانَ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ لَهُمَا ^(٢٤) ، فَهُوَ ^(٢٥) يَنْتَهُمَا يَنْصِفَيْنِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ النَّيْتِ ، أَوْ فِي بَعْضِهِ ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : / جَمِيعُهُ لِي . أَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : هَذِهِ الْعَيْنُ لِي . وَكَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، ١١/١٥٧ رُبَّتْ لَهُ ، بِإِخْلَافٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْمَنْصُورُ عَنْ أَحَدٍ ، أَنْ مَا يَصْلُحُ لِلرُّجَالِ ؛ مِنَ الْعَمَائِمِ ، وَقُمَصَاتِهِمْ ، وَجَبَابِهِمْ ، وَالْأَقْبِيَّةِ ، وَالطَّيَالِسَةِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ ، الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الرَّجُلِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ ؛ كَحُلِيِّهِنَّ ، وَقُمَصِيهِنَّ ، وَمَقَانِيهِنَّ ، وَمَعَازِلِهِنَّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِهَا . وَمَا يَصْلُحُ لَهَا ؛

(١٩-١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٠) في الأصل : « بقوله » .

(٢١) في الأصل : « أنه » .

(٢٢) في ١ ، ب ، م : « لانتفاء » .

(٢٣) في ١ ، ب : « بينهما » .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ب .

كالمفارش ، والأواني ، فهو بينهما ، وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة ، أو من طريق الحكم ، وسواء اختلفا في حال الزوجية ، أو بعد البيئته ، وسواء اختلفا ، أو اختلف ورثتهما ، أو أحدهما ورثته الآخر . قال أحمد ، في رواية الجماعة ؛ منهم يعقوب ابن بختان ، في الرجل يطلق زوجته ، أو يموت ، فتدعى المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجال ، فهو للرجل ، وما كان من متاع النساء ، فهو للنساء ، وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء ، فهو بينهما . وإن كان المتاع على يدى غيرها ، فمن أقام البيئة ، دفع إليه ، وإن لم تكن لهما^(٣) بيئة ، أقرع بينهما ، فمن كاث له الفرعة ، حلف وأعطى المتاع . وقال ، في رواية مهنأ : وكذلك إن اختلفا ، وأحدهما مملوك . وهذا قال الثوري ، وابن أبي ليلى . وقال القاضي : هذا إنما هو فيما^(٤) كاث أيديهما عليه من طريق الحكم ، أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة ، فهو له مع يمينه . وإن كان في أيديهما ، فسيم بينهما نصفين ، سواء كان يصلح لهما ، أو لأحدهما . وهذا قول أبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، إلا أنهما قالوا : ما يصلح لهما ، ويدهما عليه من طريق الحكم ، فالقول فيه^(٥) قول الرجل مع يمينه . وإذا اختلف أحدهما ورثته الآخر ، فالقول قول الثاني^(٦) منهما ؛ لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية ، بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الإبرة والمقص ، كاث للخياط . وقال أبو يوسف : القول قول المرأة ، فيما جرت العادة أنه قدتر جهاز مثلها . وقال مالك : ما صلح^(٧) لكل واحد منهما ، فهو له ، وما صلح لهما ، كان للرجل ، سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة ، أو من طريق الحكم ؛ لأن البيئ للرجل ، ويده عليه أقوى ؛ لأن عليه السكنى . وقال الشافعي ، وزفر ، والبيهي : كل ما في البيت بينهما نصفين ، فيخلف كل واحد منهما على نصفه وأخذه . وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود ، رضى الله

(٣) في م : لها .

(٤) في م زيادة : إذا .

(٥) سقط من : ب .

(٦) في الأصل : الباقي .

(٧) في أ : يصلح .

عنه ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَا فِي ثُبُوتِ يَدِهِمَا عَلَى الْمُدْعَى ، وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ يُقَدِّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، كَأَنَّهُ يَصْلُحُ لهما ، أَوْ كَمَا (٨) لَوْ كَانَ (٩) فِي يَدِهِمَا مِنْ حَيْثُ الْمُشَاهَدَةِ ، عِنْدَ مَنْ سَلَّمَ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ أَيْدِيَهُمَا جَمِيعًا عَلَى مَتَاعِ الْبَيْتِ ، بِذَلِيلِ مَا لَوَنَا زَعَمَاهُ فِيهِ أَجَنِبِي ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُمَا ، وَقَدْ يَرْجُحُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ يَدًا وَتَصَرُّفًا ، فَيَجِبُ أَنْ يُقَدِّمَ ، كَالْوِثَاقِ ، تَنَازُعًا دَائِبَةً ، أَحَدُهُمَا زَاكِيَهُمَا ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِيهَا ، أَوْ قَمِيصًا أَحَدُهُمَا لِإِسْبِهِ ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِكُمِيهِ ، أَوْ جِدَارًا مُتَّصِلًا بِذَاتِيهِمَا ، مَعْقُودًا بَيْنَهُمَا أَحَدُهُمَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهِ أَرْجُحٌ (١٠) . وَلَنَا ، عَلَى أَلِي حَبِيفَةِ الْقَاضِي ، أَنَّهُمَا تَنَازَعَا (١١) فِي أَيْدِيَهُمَا ، (١٢) وَلَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ (١٣) ، أَشْبَهَ مَا (١٤) إِذَا كَانَ فِي الْيَدِ الْحُكْمِيَّةِ . فَأَمَّا مَا كَانَ يَصْلُحُ لهما ، فَإِنَّهُ فِي أَيْدِيَهُمَا ، وَلَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، أَشْبَهَ مَا (١٥) إِذَا كَانَ فِي أَيْدِيَهُمَا مِنْ جِهَةِ الْمُشَاهَدَةِ ، وَالذَّلَالَةُ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلثَّانِي (١٦) ، مِنْهُمَا (١٧) ، أَنَّ وَاثِرَ الْعَيْتِ قَائِمٌ مَقَامَهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ وَكَّلَ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ وَكَيْلًا . فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لهما يَدٌ حُكْمِيَّةٌ ، بَلْ تَنَازَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فِي عَيْنٍ غَيْرِ قُمَاشٍ بَيْنَهُمَا ، فَلَا يَرْجُحُ أَحَدُهُمَا بِصَلَابَةِ ذَلِكَ لَهُ ، بَلْ إِنْ كَانَتْ فِي أَيْدِيَهُمَا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، افْتَرَعَا عَلَيْهَا (١٨) ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ / فَهِيَ لَهُ ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ حَكَمْنَا بِهِ لَهُ فِي كُلِّ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لهما (١٩) يَدٌ حُكْمِيَّةٌ ، فَأَشْبَهَا سَائِرَ الْمُخْتَلِفِينَ .

١٥٨/١١

فصل : وَإِذَا كَانَ فِي الدُّكَّانِ نَجَّارٌ وَعَطَّارٌ ، فَاخْتَلَفَا فِيهَا ، حُكْمٌ بِأَلَةِ كُلِّ صِنَاعَةٍ لِصَاحِبِهَا ، فَالَّةُ الْعَطَّارِينَ لِلْعَطَّارِ ، وَآلَةُ النُّجَّارِينَ لِلنُّجَّارِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي دُكَّانٍ وَاحِدٌ ،

(٨-٨) سقط من : ١ ، م .

(٩) الأرج : ضرب من الأبنية .

(١٠) في ١ ، م : ٥ ؛ فيها ٤ .

(١١-١١) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٣) في الأصل : ٥ ؛ للباقي ٤ .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في الأصل : ٥ ؛ عليه ٤ .

(١٦) في ١ ؛ فيها ٤ .

لكن اختلفا في غير ، لم يرجع أحدهما بصلاحيّة العين المختلف فيها ، كما ذكرنا في
الزوجين ، ويكون ذلك كتنازع الأجنبيين .

فصل : وإذا اختلف المكري والمكثري في شيء في الدار ، نظرت ؛ فإن كان مما
ينقل ويحول ؛ كالآثاث ، والأواني ، والكتب ، فهو للمكثري ؛ لأن العادة أن الإنسان
يكرى داره فارعاً من رجليه وقماشه ، وإن كان في شيء مما يتبع في البيع ؛ كالأبواب
المنصوبة ، والحوالي (١٧) المدفونة ، والرؤوف المسخرة ، والسلالم المسخرة (١٨) ،
والمفاتيح ، والرّحاً المنصوبة ، وحجرها الثخاني ، فهو للمكري ؛ لأنه من توابع
الدار ، فأشبهت الشجرة المعروسة فيها . وإن كانت الرؤوف موضوعة على أوتاد ، فقال
أحمد : إذا اختلفا في الرؤوف ، فهي لصاحب الدار . فظاهر هذا العموم في الرؤوف كلها .
وقال القاضي : (١٩) كلام أحمد محمول على المسخرة ، فأما غير المسخرة (٢٠) فهي (٢١)
بينهما إذا تحالفا ؛ لأنها لا تتبع في البيع ، فأشبهت القماش . وهذا ظاهر يشهد
للمكثري ، وللمكري ظاهر يعارض هذا ، وهو أن المكثري يترك (٢٢) الرؤوف في الدار ،
ولا ينقلها عنها ، فإذا تعارض الظاهران من الجائزين ، استويا . وهذا مذهب الشافعي .
فعلى هذا ، إن (٢٣) تحالفا ، كانت بينهما ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر ، فهي لمن
حلف . وذكر القاضي في موضع آخر ، وأبو الخطاب ، أنه إن كان للرف شكل منصوب
في الدار ، فهو لصاحب الدار مع يمينه ، وإن لم يكن له شكل منصوب تحالفاً ، وكان
بينهما ؛ لأنه إذا كان له شكل منصوب في الدار ؛ فالمنصوب (٢٤) تابع للدار ، فهو
لصاحبها ، والظاهر أن أخذ الرّفين لمن له الآخر ، وكذلك إن اختلفا في مصراع باب

١٥٨/١١ ظ

(١٧) الخواص : الجرار العظيمة .

(١٨) سقط من : الأصل ، وفي أ ، م : : المستمرة .

(١٩-١٩) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٢٠) في الأصل ، أ ، ب : : هي .

(٢١) في ب : : يكرى .

(٢٢) في م : : إذا .

(٢٣) في أ ، م : : فالشكل .

مَقْلُوع ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَأَذْكُرْنَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُمَا لَا يَسْتَعْنِي عَنْ صَاحِبِهِ ، فَكَانَ أَخَذَهُمَا لِمَنْ لَهُ الْآخَرُ ، كَالْحَجَرِ الْقَوَائِي مِنَ الرُّحَى ، وَالْمِفْتَاحُ مَعَ السَّكْرَةِ^(٢٤) . وَوَجْهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي أَنَّ الرُّفُوفَ لِصَاحِبِ الدَّارِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، أَنَّ الْعَادَةَ جَائِزَةٌ بِتَرْكِ الرُّفُوفِ فِي الدَّارِ ، وَلَمْ تُجَرَّ بِنَقْلِ الْمُكْتَرَى لَهَا مَعَهُ ، فَكَانَتْ لِصَاحِبِ الدَّارِ ، كَالَّذِي لَهُ شُكْلُ مَنْصُوبٍ ، وَلَا تَهَا إِذَا كَانَتْ لَهَا أُوتِيَتْ مَنْصُوبَةً ، فَلَا أُوتِيَتْ لِصَاحِبِ الدَّارِ ، فَكَذَلِكَ مَا نُصِبَتْ لَهُ ، كَالْحَجَرِ الْقَوَائِي^(٢٥) مِنَ الرُّحَى^(٢٦) إِذَا كَانَ السُّفْلَانِي مَنْصُوبًا ، وَمِفْتَاحُ السَّكْرَةِ الْمُسَمَّرَةِ^(٢٧) .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْخِيَاطُ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ، فَاخْتَلَفَ فِي الْإِثْرَةِ وَالْمَقْصَصِ ، فَهِيَ لِلْخِيَاطِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَهُ فِيهِمَا أَكْثَرُ وَأَظْهَرُ ، وَالظَّاهِرُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا دَعَا خِيَاطًا لِيَخِيطَ^(٢٨) لَهُ ، فَالْعَادَةُ أَنَّهُ يَخِيطُ مَعَهُ إِثْرَتَهُ وَمَقْصَصَهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْقَمِيصِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ ؛ إِذْ لَيْسَتْ الْعَادَةُ أَنْ يَخِيطَ الْقَمِيصَ مَعَهُ يَخِيطُهُ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا الْعَادَةُ أَنْ يَخِيطَ قَمِيصَ صَاحِبِ الدَّارِ فِيهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَ صَاحِبُ الدَّارِ وَالتَّجَارُ فِي الْقَدُومِ ، وَالْمِنْشَارِ ، وَالْآلَةِ النَّجَّارَةِ ، فَهِيَ لِلتَّجَارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْخَشَبَةِ الْمَنْجُورَةِ ، وَالْأَبْوَابِ ، وَالرُّفُوفِ الْمَنْشُورَةِ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الدَّارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ التَّجَادُورُ رَبُّ الدَّارِ فِي قَوْسِ التَّنْذِفِ ، فَهُوَ لِلتَّجَادِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْفَرَشِ وَالْقُطْنِ وَالصُّوفِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الدَّارِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّارِ وَالسَّقَّا فِي الْقَرْيَةِ ، فَهِيَ لِلسَّقَّا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْحَابِيَةِ وَالْجِرَارِ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الدَّارِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا تَنَازَعَ رَجُلَانِ دَابَّةً ، أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِهَا ، فَالرَّاكِبُ أَوْلَى بِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَهُ فِيهَا أَقْوَى ، وَيَكْذَكَ أَكْثَرُ ، وَهُوَ الْمُسْتَوْفَى لِمَنْفَعَتِهَا . وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهَا^(٢٩) / جِمْلٌ ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِهَا ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْجِمْلِ ؛ ١٥٩/١١

(٢٤) سَكْرُ الْبَابِ : أَغْلَقَهُ . وَالسَّكْرَةُ : قِفْلُ الْبَابِ .

(٢٥-٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٢٦) فِي ب : هِ النَّصْبَةِ .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : بِ يَخِيطُ .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

لذلك^(٢٩) . وإن كان لأحدهما عليها جمل ، والآخر راكب عليها ، فهي للراكب ؛ لأنه أقوى تصرفاً . وإن اختلفا في الجمل ، فادعاه الراكب وصاحب الدابة ، فهو للراكب ؛ لأن يده على الدابة والجمل معاً ، فاشبهه مالهو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها . وإن تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج ، فهو لصاحب الدابة ؛ لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس . ولو^(٣٠) تنازع اثنين في ثياب على عبد لأحدهما ، فهي لصاحب العبد ؛ لأن يده العبد عليها . وإن تنازع صاحب الثياب والآخر في العبد اللابس لها ، فهما سواء ؛ لأن نفع الثياب يعود إلى^(٣١) العبد ، لا إلى صاحب الثياب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل ، والذي قبله ، كما ذكرنا .

فصل : وإن اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما ، فهو لهما ، ويخلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به^(٣٢) . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب النهر ؛ لأنه لتفعيه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : هو لصاحب الأرض ؛ لأنه متصل بأرضه . ولنا ، أنه حاجز بين ملكيهما ، فكانت يدهما عليه ، فيكون لهما ، كالمو تنازع صاحب العلو والسفل في السقي الذي بينهما ، أو حائط بين داريهما . وما ذكروه من الترجيحين متقابلان^(٣٣) ، فيستويان . وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السقي الذي بينهما ، فهو بينهما ، كذلك^(٣٤) . وكل موضع قلنا : يُقسم بينهما نصفين . فإنما يخلف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له ، دون النصف الآخر ؛ لأن ما لا^(٣٥) يحصل له لا يفيد الحلف عليه شيئاً ، فلا يستحلف عليه ، كالمُدعى لا يخلف على ما يأخذه المدعى عليه .

(٢٩) في ١ : كذلك .

(٣٠) في ١ : وإن .

(٣١) في ١ : على .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٣) في ١ : متقابل .

(٣٤) في ١ : لذلك .

(٣٥) سقط من : ب ، م .

فصل : وإن تنازعا عِمَامَةً ، طَرَفُهَا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، وَبَاقِيهَا فِي يَدِ الْآخَرِ ، أَوْ قَمِيصًا ، كُمُهُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، وَبَاقِيهِ مَعَ الْآخَرِ ، فَهَمَا سَوَاءٌ فِيهِمَا ^(٣٦) ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُتَمَسِّكِ بِالطَّرْفِ عَلَيْهَا ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ كَانَ بَاقِيهَا عَلَى الْآخَرِ ، فَتَنَازَعَهُ فِيهَا غَيْرُهُ ، كَانَتْ لَهُ ، وَإِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا تَسَاوًى فِيهَا . وَلَوْ كَانَتْ دَارَ فِيهَا أَرْبَعَةُ آيَاتٍ ، وَفِي أَحَدِ آيَاتِهَا سَاكِنٌ ، وَفِي الثَّلَاثَةِ الْبَاقِيَةِ سَاكِنٌ آخَرٌ ، فَاتَّخَذْنَا / فِيهَا ، كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا هُوَ سَاكِنٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيْتٍ ١٥٩/١١ ط ينفصلُ عَنْ صَاحِبِهِ ، وَلَا يُشَارِكُ الْخَارِجُ مِنْهُ السَّاكِنَ فِيهِ فِي ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهِ . وَلَوْ تَنَازَعَا السَّاحَةَ الَّتِي يُتَطَرَّقُ مِنْهَا إِلَى الْبُيُوتِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِإِشْتِرَاكِهِمَا فِي ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَتِ الْعِمَامَةَ فِيمَا ذَكَرْنَا .

١٩٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى أَحَدٍ حَقٌّ ، فَمَنَعَهُ مِنْهُ ، وَقَدَّرَ لَهُ عَلَى مَالٍ ، لَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ بِمَقْدَارِ حَقِّهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « أَذْ الْأَمَانَةُ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » ^(١))

وَحَمَلْنَاهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ (الرجل على غيره) ^(٢) حَقٌّ ، وَهُوَ مُقَرَّبُهُ ، بِإِذْلٍ لَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ إِلَّا مَا يُعْطِيهِ . بِإِخْلَافٍ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ قَدَّرَ حَقَّهُ ؛ ^(٣) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَ عَلَيْهِ عَيْنًا مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ ، بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِلْإِنْسَانِ غَرَضٌ فِي الْعَيْنِ . وَإِنْ ائْتَلَفَهَا ، أَوْ تَلَفَتْ فَصَارَتْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَكَانَ الثَّابِتُ فِي ذِمَّتِهِ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، تَقَاصًا ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَالْمَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ كَانَ مَا نَعَا لَهُ لِأَمْرِ يُبِيحُ الْمَنْعَ ، كَالْتَأْجِيلِ ^(٥) وَالْإِعْسَارِ ^(٥) ، لَمْ يَجُزْ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، بِغَيْرِ إِخْلَافٍ . وَإِنْ

(٣٦) ق م : ؛ فِيهَا .

(١) ق ب ، م ، نِزَادَةُ : رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ . وَفِي ب بَعْدَهُ : وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ .

(٢-٢) ق م : عَلَى رَجُلٍ عَنْ غَيْرِهِ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : ١ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٤) ق م : كَالْتَأْجِيلِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : وَالْإِعْسَارِ .

أَخَذَ شَيْئًا، لَزِمَهُ رَدُّهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا، أَوْ عَوَضُهُ إِنْ كَانَ تَالِفًا، وَلَا يَحْصُلُ التَّقَاصُّ هُنَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ الَّذِي لَهُ لَا^(٦) يَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ فِي الْحَالِ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا. وَإِنْ كَانَ مَانِعًا لَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ، وَقَدَّرَ عَلَى اسْتِخْلَاصِهِ بِالْحَاكِمِ أَوِ السُّلْطَانِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ الْأَخْذُ أَيْضًا بِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدَّرَ عَلَى اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ بِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، فَأَشْبَهَ مَالُو قَدَّرَ عَلَى اسْتِيفَائِهِ مِنْ وَكِيلِهِ. وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى ذَلِكَ؛ لِكُونِهِ جَائِدًا لَهُ، وَلَا بَيِّنَةً لَهُ^(٧) بِهِ، أَوْ لِكُونِهِ لَا يُجْبِيهِ إِلَى الْمُحَاكَمَةِ، وَلَا يُمَكِّنُهُ إِجْبَارُهُ عَلَى ذَلِكَ، أَوْ نَحْوِ هَذَا، فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ، أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَخْذُ قَدَّرٍ حَقَّهُ. وَهُوَ إِخْذُ الرُّوَابِثَيْنِ عَنِ مَالِكٍ. قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: وَقَدْ^(٨) جَعَلَ أَصْحَابُنَا الْمُحَدِّثُونَ لِحَوَازِ الْأَخْذِ وَجْهًا فِي الْمَذْهَبِ، «أَخْذًا مِنْ^(٩) حَدِيثِ^(١٠) هِنْدَ، حِينَ^(١١) قَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ: «تُخَذَى مَا يَكْفِيكَ وَلِذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ»^(١٢). وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ: وَيُخْرَجُ لَنَا^(١٣) جَوَازُ الْأَخْذِ؛ فَإِنْ كَانَ الْمَقْدُورُ عَلَيْهِ مِنْ جَنْسِ حَقِّهِ، أَخْذُ بَقْدَرِهِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ، تَحَرَّى، وَاجْتَهَدَ فِي تَقْوِيمِهِ، مَا خُوِذَ مِنْ حَدِيثِ هِنْدَ، وَمِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ فِي الْمُرْتَهَنِ: يَرْكَبُ وَيَحْلُبُ، بَقْدَرٍ مَا يَتَّفِقُ، وَالْمَرْأَةُ تَأْخُذُ مُوْتَتَهَا، وَبَائِعُ السَّلْعَةِ يَأْخُذُهَا مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ بِغَيْرِ رِضَا^(١٤). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى اسْتِخْلَاصِ حَقِّهِ بِبَيِّنَةٍ^(١٥)، فَلَهُ أَخْذُ قَدَّرٍ حَقَّهُ مِنْ جَنْسِهِ أَوْ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَقَدَّرَ عَلَى اسْتِخْلَاصِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ. وَالْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَغَيْرِهِ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بَقْدَرٍ حَقَّهُ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَحَاصَّنَانِ^(١٦) فِي مَالِهِ إِذَا أَفْلَسَ. وَقَالَ

و ١٦٠/١١

(٦) سقط من: الأصل.

(٧) سقط من: الأصل، أ، ب.

(٨) سقط من: ١، م.

(٩-٩) في: م: «أمن».

(١٠) في: ١: «بحديث».

(١١) في: م: «وقد قال».

(١٢) تقدم ترجمته، في: ١١/٣٤٨.

(١٣) سقط من: ب.

(١٤) في: م: «رضا».

(١٥) في: م: «بعينه».

(١٦) في: ١: «يتحاصمان».

أبو حنيفة: له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا، أو ورقا، أو من جنس حقه، وإن كان المال عرضا، لم يجز؛ لأن أخذ العرض عن حقه اغتياض، ولا تجوز المعاوضة إلا برضى من المتعاضضين، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١٧). واحتج من أجاز الأخذ بحديث هند، حين جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إن أباسفیان رجل شحيح، وليس يعطيني من الثقة ما يكفيني وولدي. فقال: «أخذي ما يكفيك ولذالك بالمعروف». متفق عليه. وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه، جاز للرجل الذي له الحق على الرجل، ولنا، قول النبي ﷺ: «أدأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك». رواه الترمذي^(١٨)، وقال: حديث حسن. ومنى أخذ منه قلدر حقه من ماله بغير علمه، فقد خانته، فيدخل في عموم الخبر، وقال ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١٩). ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه، كان معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه، فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه، فإن التعين إليه، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول: افضني حقي من هذا الكيس دون هذا. ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين، لا يجوز له أخذه إذا كان له دين، كالمال كان باذلا له. فأما حديث هند، فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقه واجب عليه في كل وقت. وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت، والمخاصمة كل يوم تجب فيه الثقة، بخلاف الدين. وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر، وهو أن قيام الزوجة كقيام البينة، فكان الحق صار معلوما، يعلم قيام مقتضيه، وبنيهما فرقان آخران؛ أحدهما، أن للمرأة من التبسط في ماله، بحكم العادة، ما يؤثر في إباحة أخذ الحق، وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبية. الثاني، أن الثقة تراذ لا خياء النفس، وإبقاء المهجة، وهذا مما^(٢٠) لا يصبر عنه، ولا

(١٧) سورة النساء ٢٩.

(١٨) تقدم تخريجه، في: ٢٥٦/٩.

(١٩) تقدم تخريجه، في: ٦٠٦/٦. ويضاف: وأخرجه الإمام أحمد، في: المسند ١١٣/٥.

(٢٠) في ١، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٣٩، ٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧، ٤٨، ٤٩، ٥٠، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٥، ٥٦، ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥، ٦٦، ٦٧، ٦٨، ٦٩، ٧٠، ٧١، ٧٢، ٧٣، ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩، ٨٠، ٨١، ٨٢، ٨٣، ٨٤، ٨٥، ٨٦، ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦، ٩٧، ٩٨، ٩٩، ١٠٠، ١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١

سَبِيلَ إِلَى تَرْكِهِ ، فَجَازَ أَخْذُ مَا تَنْدَفِعُ بِهِ هَذِهِ ^(٢١) الْحَاجَةُ ، بِخِلَافِ الدِّينِ ، حَتَّى نَقُولَ :
لَوْ صَارَتِ التَّفَقُّهُ مَاضِيَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهَا أَخْذُهَا ، وَلَوْ جَبَّ لَهَا عَلَيْهِ دَيْنٌ آخَرُ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا
أَخْذُهَا . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَخَذْنَا شَيْئًا ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا ، وَجَبَ مِثْلُهُ
إِنْ كَانَ مِثْلِيًا ، أَوْ قِيَمَتُهُ إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ دَيْنِيٍّ ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ، فِي
قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيٍّ ، لَزِمَهُ غَرْمُهُ ، وَمَنْ جَوَّزَ مِنْ أَصْحَابِنَا الْأَخْذَ ،
فَإِنَّهُ قَالَ : إِنْ وَجَدَ ^(٢٢) جِنْسَ حَقِّهِ ، جَازَ لَهُ الْأَخْذُ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، وَلَيْسَ لَهُ
الْأَخْذُ مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ حَقِّهِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى أَخْذِهِ ^(٢٣) مِنْ جِنْسِيٍّ ^(٢٤) ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا مِنْ غَيْرِ
جِنْسٍ حَقِّهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ تَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُبَيِّعَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا يَبْيَعُهُ
مِنْ نَفْسِهِ ، وَلِنَحْفَظَهُ فِيهِ نَهْمَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا قَالُوا : الرَّهْنُ يَنْفَقُ عَلَيْهِ ، إِذَا
كَانَ مَرْكُوبًا ، أَوْ مَخْلُوبًا ، يُرْكَبُ ، وَيُحْلَبُ ، بِقَدْرِ التَّفَقُّهِ ، وَهِيَ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ .
وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَمِنْهُمْ مَنْ جَوَّزَ لَهُ هَذَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يُؤَاطَى رَجُلًا يُدْعَى
عَلَيْهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ دَيْنًا ، فَيَقْرَأُ لَهُ بِمِلْكِ الشَّيْءِ الَّذِي أَخَذَهُ ، فَيَمْتَنِعُ مَنْ عَلَيْهِ الدَّعْوَى مِنْ
قَضَاءِ الدِّينِ ، لِيَبْيَعَ الْحَاكِمُ الشَّيْءَ الْمَأْخُودَ ، وَيَدْفَعَهُ إِلَيْهِ .

١٦١/١١

فصل : إِذَا ادَّعَى إِنْسَانٌ عَلَى / إِنْسَانٍ حَقًّا ، وَأَقَامَ بِهِ شَاهِدَيْنِ ، فَلَمْ يَعْرِفِ الْحَاكِمُ
عِدَا التَّهْمَا ، فَسَأَلَ حَبْسَ غَرِيمِهِ حَتَّى تَثْبُتَ عِدَالَةُ شُهُودِهِ ، أُجِيبَ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ
مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْعِدَالَةَ ، وَلَأنَّ الَّذِي عَلَى الْغَرِيمِ قَدَأْتَى بِهِ ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا عَلَى الْحَاكِمِ ، وَهُوَ
الْكَشْفُ عَنْ عِدَالَةِ الشُّهُودِ . وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا ، وَسَأَلَ حَبْسَ غَرِيمِهِ لِيُقِيمَ شَاهِدًا
آخَرَ ، وَكَانَ الْحَقُّ مِمَّا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، لَمْ يُحْبَسِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ مَا
تَثْبُتُ ، وَالْحَبْسُ عَذَابٌ ، فَلَا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ ^(٢٤) دُونَ ثَمَامِ الْبَيِّنَةِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ مِمَّا يَثْبُتُ
بشَاهِدٍ وَبَيِّنٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُحْبَسُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ الْوَاحِدَ حُجَّةٌ فِي الْمَالِ ،

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في م نهادة : ه من ه .

(٢٣-٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٤) سقط من : الأصل .

وَأَمَّا الْيَمِينُ مَقْوِيَّةٌ^(٢٥) لَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يُحْبَسُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ حُبِسَ لَهُ^(٢٦) لِيَقِيمَ شَاهِدًا آخَرَ يَتِمُّ بِهِمَا^(٢٧) الْبَيِّنَةُ ، فَهُوَ كَالْحَقْقِ الَّتِي لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، وَإِنْ حُبِسَ لِيَحْلِفَ مَعَهُ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحَلْفَ مُمَكِّنٌ فِي الْحَالِ ، فَإِنْ حَلَفَ ، ثَبَتَ حَقُّهُ ، وَإِلَّا ، لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ : إِنْ كَانَ الْمُدَّعِي بَازِلًا لِلْيَمِينِ ، وَالتَّوَقُّفُ لِأَجْلِ إِبْرَاطِ عَدَالَةِ الشَّاهِدِ ، حُبِسَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَإِنْ كَانَ التَّوَقُّفُ عَنِ الْحُكْمِ لِغَيْرِ^(٢٨) ذَلِكَ ، لَمْ يُحْبَسْ ؛ لِمَا^(٢٩) ذَكَرْنَاهُ . قَالَ الْقَاضِي^(٣٠) : وَكُلُّ مُوَضِّعٍ حُبِسَ فِيهِ بِشَاهِدَيْنِ ، اسْتَدِيمَ الْحَبْسُ حَتَّى تَثْبُتَ عَدَالَةُ الشُّهُودِ أَوْ فَسَقَهُمْ ، وَكُلُّ مُوَضِّعٍ حُبِسَ^(٣١) بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ ، فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمَشْهُودِ لَهُ : إِنْ جِئْتَ بِشَاهِدٍ آخَرَ إِلَى ثَلَاثِ^(٣٢) وَأَلَّا أُطْلِفَنَاهُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ، وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ ، وَلَمْ يُعَدِّلَا ، فَسَأَلَ الْعَبْدُ الْحَاكِمَ أَنْ يَحُولَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إِلَى أَنْ يَبْحَثَ الْحَاكِمُ عَنِ عَدَالَةِ الشُّهُودِ ، فَعَلَى الْحَاكِمِ ذَلِكَ ، وَيُؤْجِرُهُ مِنْ ثَقَةٍ ، وَيَتَفَقَّ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَيَحْبِسُ الْبَاقِيَ ، فَإِنْ عُدِّلَ الشَّاهِدَانِ ، سَلَّمَ إِلَيْهِ الْبَاقِيَ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ فَسَقَا^(٣٣) ، رُدَّ إِلَى سَيِّدِهِ . وَإِنَّمَا حُلْنَا بَيْنَهُمَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، وَلِأَنَّا لَمْ نَحُلْ بَيْنَهُمَا ، أَفْضَى إِلَى أَنْ تَكُونَ أَمَةٌ ، فَيَطَاها . وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا ، وَسَأَلَ أَنْ يُحَالَ بَيْنَهُمَا ، ففِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ أَقَامَتِ الْمَرْأَةُ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ بِطَلَاقِهَا ، وَلَمْ تُعَرَفْ عَدَالَةُ الشُّهُودِ ، حِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَإِنْ أَقَامَتْ شَاهِدًا وَاحِدًا ، لَمْ يُحَلْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَمْ تَتِمَّ ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَبُثُّ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، فَلَا يَبُثُّ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢٥) في ١ : معونة .

(٢٦) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٢٧) في م : به .

(٢٨) في م : بغير .

(٢٩-٢٩) ١ : ذكرنا في التي قبلها .

(٣٠) في م : زاده : فيه .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) في م : فسق .

كتاب العتق

العتق في اللغة : الخُلوص . ومنه عِتَاقُ الْخَيْلِ ، وِعِتَاقُ الطَّيْرِ ، أى خَالِصَتْهَا ، وَسُمِّيَ الْبَيْتُ الْحَرَامُ عَتِيقًا ؛ لَخُلُوصِهِ مِنْ أَيْدِي الْجَبَايِرَةِ . وهو في الشَّرْعِ : تَحْرِيرُ الرَّقَبَةِ ، وَتَخْلِيصُهَا مِنَ الرُّقِّ . يُقَالُ ^(١) : عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَأَعْتَقَهُ أَنَا ، وَهُوَ عَتِيقٌ ، وَمُعْتَقٌ ^(٢) . وَالْأَصْلُ فِيهِ الْكِتَابُ ، وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ فَلِكُلِّ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٤) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً ، أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ ، حَتَّى إِذَا كُفِيَ يَدَ الْيَدِ بِالْيَدِ ، وَالرُّجْلَ بِالرُّجْلِ ، وَالْفَرْجَ بِالْفَرْجِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . فِي أَخْبَارٍ كَثِيرَةٍ سِوَى هَذَا . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى صِحَّةِ الْعِتْقِ ، وَحُصُولِ الْقَرَّةِ بِهِ .

فصل : والعِتق من أَفْضَلِ الْقُرْبِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَهُ كَفَّارَةً لِلْقَتْلِ ، وَالْوُطْءِ فِي رَمَضَانَ ، وَالْأَيْمَانِ ، وَجَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ فَكَأَكَا لِمُعْتِقِهِ مِنَ النَّارِ ، وَلِأَنَّ فِيهِ ^(٦) تَخْلِيصَ الْآدَمِيِّ ^(٧) الْمَعْصُومِ مِنْ ضَرَرِ الرُّقِّ ، وَمِلْكَ نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، وَتَكْمِيلَ أَحْكَامِهِ ، وَتَمَكُّنَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، عَلَى حَسَبِ إِرَادَتِهِ وَاخْتِيَارِهِ . وَاعْتِنَاقُ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة المجادلة ٣ .

(٤) سورة البلد ١٣ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى ﴿ أَوْ تَحْرِيرَ رَقَبَةٍ ... ﴾ من كتاب الكفارات . صحيح البخاري

١٨١/٨ . ومسلم ، في : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في ثواب من أعتق رقبة ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٥/٧ . وإمام

أحمد ، في : المسند ٤٢٠٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ .

(٦-٧) في ب ، م : « تَخْلِيصًا لِلْآدَمِيِّ » .

الرَّجُلِ أَفْضَلُ مِنْ إِغْتِقِ الْمَرْأَةِ ؛ لِمَا رَوَى كَعْبُ بْنُ مَرْثَةَ الْبَهْرِيُّ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، يَقُولُ : « أَيْمَانُ رَجُلٍ أَعْتَقَ رَجُلًا مُسْلِمًا ، كَانَ فِكَكَاهُ مِنَ النَّارِ ، يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِ عَظْمًا مِنْ عِظَامِهِ ، وَأَيْمَانُ رَجُلٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ امْرَأَتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ ، كَانَتَا فِكَكَاهُ مِنَ النَّارِ ، يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِمَا عَظْمًا مِنْ عِظَامِهِ ، وَأَيْمَانُ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ أَعْتَقَتْ امْرَأَةً مُسْلِمَةً ، كَانَتْ فِكَكَاهَا مِنَ النَّارِ ، تُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهَا عَظْمًا مِنْ عِظَامِهَا » ١١٦٢/١١

عِظَامِهَا » (٧) . وَالْمُسْتَحَبُّ عِتْقُ مَنْ لَهُ دِينٌ وَكَسْبٌ يَنْتَفِعُ بِالْعِتْقِ ، فَأَمَّا مَنْ يَتَضَرَّرُ بِالْعِتْقِ ، كَمَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ، تَسْقُطُ نَفَقَتُهُ عَنْ سَيِّدِهِ بِإِغْتِقِهِ (٨) ، فَيُضْيَعُ ، أَوْ يَصِيرُ كَلًّا عَلَى النَّاسِ ، وَيُخْتِاجُ إِلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُ يُخَافُ عَلَيْهِ الْمُضْيُ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَالرُّجُوعُ عَنْ دِينِ (٩) الْإِسْلَامِ ، أَوْ يُخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادُ ، كَعَبْدٍ يُخَافُ أَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ وَاجْتِاجَ سَرَقَ ، وَفَسَقَ ، وَقَطَعَ الطَّرِيقَ ، أَوْ جَارِيَةً يُخَافُ مِنْهَا الزُّنَى وَالْفَسَادَ ، كَرَةِ إِغْتِقِهِ . وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الْقَلْبِ إِفْضَاؤُهُ إِلَى هَذَا ، كَانَ مُحَرَّمًا ؛ لِأَنَّ التَّوَسُّلَ إِلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِغْتِقَاقٌ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَصَحَّ ، كإِغْتِقَاقٍ غَيْرِهِ .

فصل : ويحصل العتق بالقول ، والمِلْكِ ، والاستيلاء (١٠) . ونذكر ذلك في مواضعه .

إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَلَا يَحْصُلُ بِالنِّيَّةِ الْمُجَرَّدَةِ ؛ « لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ ، فَلَا يَحْصُلُ بِالنِّيَّةِ الْمُجَرَّدَةِ » (١١) ، كَسَائِرِ الْإِزَالَةِ . وَالْفَاظَةُ تَنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ؛ فَالصَّرِيحُ لَفْظُ الْحُرِّيَّةِ ، وَالْعِتْقِ ، وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهُمَا ، نَحْوُ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مُعْتَقٌ ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ . لِأَنَّ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ وَرَدَا فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، وَهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ فِي الْعِتْقِ عَرَفًا ، فَكَانَا صَرِيحَيْنِ فِيهِ ، فَمَتَى أَتَى بِشَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْأَفْظَادِ ، حَصَلَ بِهِ الْعِتْقُ ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَ شَيْعًا ، عَتَقَ أَيْضًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ لَقِيَ امْرَأَةً فِي الطَّرِيقِ ، فَقَالَ : تَنْحَى يَا حُرَّةً . فَإِذَا

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب أي الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٢/٣٥٤ ، ٣٥٥ . وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٢٣٥ ، ٣٢١ .

(٨) سقط من : م .

(٩) في : ١ : دار .

(١٠) في الأصل : ٥ : والإسلام .

(١١-١١) سقط من : ١ . نقل نظر .

هي جاريته، قال: قد عتقت عليه. وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة: مروا، أنتم أحرار. وكانت معهم أم ولده، لم يعلم بها، قال: هذا عندي ثعق أم ولده. ويحتمل أن لا ثعق في هذين الموضعين؛ لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق، فلم ثعق بها، كما لو قال: عبدى حر. يريد أنه عفيف كريم الأخلاق، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده، فأشبهه ما لو نادى امرأة من نساياه، فأجابته غيرها، فقال: أنت طالق. يحسبها التي ناداها، فإنها لا تطلق، على رواية، فكذا ههنا. / فأما إن قصد غير العتق، كالرجل يقول: عبدى هذا حر. يريد عفته، وكرم أخلاقه. أو يقول لعبيده: ما أنت إلا حر. أى: إنك لا تطيعنى، ولا تترى لى عليك حقاً ولا طاعة، فلا يثعق في ظاهر المذهب. قال حنبل: سئل أبو عبد الله، عن رجل قال لغلابة: أنت حر. وهو يعاتبه؟ فقال: إذا كان لا يريد به العتق، يقول: كأنت حر، ولا يريد أن يكون حراً، أو كلاماً نحو^(١٢) هذا، رجوت أن لا يعتق، وأنا أهاب المسألة؛ لأنه نوى بكلامه ما يحتمله، فأنصرف إليه، كما لو نوى بكناية العتق^(١٣). وبهذا قال الثوري، وابن المنذر. قال: وإن طلب استخلافه، حلف. وبأن احتمال اللفظ لما أراده، أن المرأة الحرة تمتدح بهذا، فيقال: امرأة حرة. يعنون عفيفة، وتمتدح المملوكة به أيضاً، ويقال للحبي كريم الأخلاق: حر. قالت سبيعة ترضي^(١٤) عبد المطلب:

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة
وتوم على حر كريم الشمائل
وأما الكناية، فنحو قوله: لا سبيل لى عليك، ولا سلطان لى عليك، وأنت سائبة، واذهب حيث شئت، وقد خلعتك. فهذا إن نوى به العتق، عتق؛ لأنه يحتمله، وإن لم ينو به لم يعتق؛ لأنه يحتمل غيره. ولم يرد به كتاب، ولا سنة، ولا عرف استعمال. وذكر القاضي، وأبو الخطاب، في قوله: لا سبيل لى عليك، ولا سلطان لى عليك. روايتين؛ أحدهما، أنه صريح. والثانية، أنه^(١٥) كناية، وهو الصحيح؛ لما ذكرناه. فأما إن

(١٢) في أ، ب: و شبهه.

(١٣) سقط من: ب.

(١٤) لعلها سبيعة بنت عبد ميس بن عبد مناف: انظر ترجمتها في: أعلام النساء، لكحالة ١٤٨/٢. وبعض غيرها

في: الأغاني ٦٨/٢٢، ٦٩، ٧٣.

(١٥) في الأصل، أ: و أنها.

قال : لا رِقْ لى عليك ، ولا مِلْك لى عليك ، وأنتَ لله . فقال القاضى : هو صريح . نَصْر عليه أحمد . وذكر أبو الخطَّاب فيه روايتين . ولا خلاف فى المذهب أنه يَغْتَقُّ به إذا نَوَى ، ومن قال : يَغْتَقُّ بقوله : أنتَ لله . إذا نَوَى ؛ الشَّعْبِيُّ ، والمُسَيَّبُ بنُ رافع ، وحمَّاد ، والشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : لا يَغْتَقُّ به ؛ لِأَنَّهُ مُقْتَضَاهُ ، أنتَ عَبْدُ اللَّهِ ^(١٦) ، أو مخلوق لله وَحْدَهُ ^(١٧) . وهذا لا يقتضى العتق . ولنا ، أنه يُحْتَمَلُ : أنتَ ^(١٨) حرٌّ لله ، أو عتق / لله ، أو عَبْدُ اللَّهِ وَحْدَهُ ، لست بعبد لى ، ولا لأحد سِوَى اللَّهِ . فإذا نَوَى الحرَّيةَ به ، وقعت ، كسائر الكنايات . وما ذكره لا يصح ؛ لِأَنَّهُ احْتِمَالُهُ لما ذكره لا يَمْنَعُ احْتِمَالُهُ لما ذكرناه ، بدليل سائر الكنايات ، فإنها تُحْتَمَلُ العتق وغيره ، ولو لم تُحْتَمَلْ إِلَّا العتق لكانت صريحةً فيه ، وما احْتَمَلَ ^(١٩) أمرين ، انصَرَفَ إلى أحدهما بالثبوت ، وهذا شأن الكنايات . وما ذكره ^(٢٠) من الاحتمال ^(٢١) يَدُلُّ على أنَّ هذا ليس بصريح ، وإنما هو كناية . وقوله : لا مِلْك لى عليك ، ولا رِقْ لى عليك . خبر عن انتفاء مِلْكِهِ وَرِقِّهِ ، لم يَرِدْ به شرع ، ولا عَرُفَ استعماله فى العتق ، فلم يكن صريحاً فيه ، كقوليه : ما أنتَ عَبْدى ، ولا مخلوقى . وقوله لأمريته : ما أنتَ امرأتى ، ولا زوجتى .

فصل : وإن قال لأمتيه : أنت طالق . ينوى العتق به ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا تَغْتَقُّ به . وهو قول أبى حنيفة ؛ لِأَنَّهُ الطَّلَاقُ لفظٌ وُضِعَ لإزالة المِلْكِ عن المَنفَعَةِ ، فلم يَزَلْ به المِلْكُ عن الرِّقَةِ ^(٢٢) ، كفسخ الإجارة ، ولِأَنَّهُ مِلْكُ الرِّقَةِ لا يُسْتَدْرَكُ بالرجعة ، فلا يَنحَلُّ بالطَّلَاقِ ، كسائر الأملاك . والرواية الثانية ، هو كناية تَغْتَقُّ به الأمة إذا نَوَى العتق ^(٢٣) . وهو قول مالك ، والشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ الرُّقُّ أحدُ المِلْكَيْنِ على الأدمى ، فيزول

(١٦) فى ب ، م : د الله .

(١٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٨) فى ب ، م : أنه .

(١٩) فى م : يحصل .

(٢٠) فى ا ، ب ، م : ذكره .

(٢١) فى الأصل : الاحتمالات .

(٢٢) فى م : الرقة .

(٢٣) فى الأصل : ا : نواه .

بلفظ الطلاق ، كالأخر ، أو فيكون اللفظ الموضوع لإزالة أحدهما كتابة في إزالة الآخر ، كالحرية في إزالة النكاح ، ولأن فيه معنى الإطلاق ، فإذا توى به إطلاقهما من ملكه ، فقد توى بلفظه ما يَحْتَمِلُهُ ، فتَحَصَّلَ به الحرية ، كسائر كتابات العتق .

فصل : فإن قال لأَكْبَرُ منه ، أو لِمَنْ لَا يُولَدُ لِمِثْلِهِ : هذا ابني . مثل أن يقول مَنْ لَهُ عِشْرُونَ سَنَةً لِمَنْ لَهُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً : هذا ابني . لم يَغْنَقْ ، ولم يَثْبُتْ سَبَّهُ . وقال أبو حنيفة : يَغْنَقُ . وَخَرَجَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهَانَا ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِمَا ثَبُتَ بِهِ حُرِّيَّتُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقْرَبَهَا . / وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلٌ يَتَحَقَّقُ كَذِبُهُ فِيهِ ، فَلَمْ تَثْبُتْ بِهِ الْحُرِّيَّةُ ، كَالْوَقَالِ لِطِفْلِ : هَذَا أُمِّي . أَوْ لِطِفْلَةٍ : هَذِهِ أُمِّي . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : هَذَا مِنْ قَوْلِ الثُّعْمَانِ شَاذٌ ، لَمْ يَسْبِقْهُ أَحَدٌ إِلَيْهِ ، وَلَا تَبِعَهُ أَحَدٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مُحَالٌ مِنَ الْكَلَامِ ، وَكَذِبٌ يَقِينٌ ، وَلَوْ جَازَ هَذَا ، لَجَازَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِطِفْلٍ : هَذَا أُمِّي . وَلِأَنَّهُ لَوْ قَالَ لِرَجُلٍ : هِيَ أَسْنُ مِنْهُ : هَذِهِ ابْنَتِي . أَوْ قَالَ لَهَا ، وَهِيَ أَسْنُ مِنْهَا : هَذِهِ أُمِّي . لَمْ تُطْلَقْ ، كَذَا هَذَا .

فصل : فإن قال لَأُمِّيَّة : أَنْتِ حَرَامٌ عَلَيَّ . يَتَوَى بِهِ الْعِتْقُ ، عَتَقَتْ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ فِيهَا رَوَايَةً أُخْرَى ، لَا تَغْنَقُ . كَقَوْلِهِ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا تَغْنَقُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ ، أَنَّكَ حَرَامٌ عَلَيَّ ؛ لَكُرْنِكَ حُرَّةً . فَتَغْنَقُ بِهِ ، كَقَوْلِهِ : لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ .

فصل : وَيَصِحُّ الْعِتْقُ مِنْ كُلِّ مَنْ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِي الْمَالِ ، وَهُوَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ الرَّشِيدُ ، سَوَاءً كَانَ مُسْلِمًا ، أَوْ ذِمِّيًّا ، أَوْ حَرِّيًّا . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا إِخْلَافًا ، إِلَّا عَنْ أُمِّي حَنِيفَةٍ وَمَنْ وَاظَفَهُ ، فِي أَنْ عِتَقَ الْحَرِّيَّ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ عَلَى الثَّمَامِ ، بِدَلِيلِ إِبَاحَةِ أَخْذِهِ ^(٢٥) مِنْهُ ، وَإِنْفَاءِ عِصْمَتِهِ فِي نَفْسِهِ وَمَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ إِعْتَاقُهُ ، كَالذَّمِّيِّ . وَلِأَنَّهُ مِلْكٌ ، بِالْبَيْعِ ، عَاقِلٌ ، رَشِيدٌ ، فَصَحَّ إِعْتَاقُهُ ، كَالذَّمِّيِّ . وَقَوْلُهُمْ : لَا مِلْكَ لَهُ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُمْ ^(٢٦) قَدِ اقْتَالُوا ؛ إِنَّهُمْ يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ بِالْقَهْرِ ، فَلَا تَثْبُتُ الْمِلْكُ لَهُمْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ أَوْلَى .

(٢٤) ق م : د أنت .

(٢٥) ق م : د أخذ الجزية .

(٢٦) ق ب : د لأنهم .

فصل : ولا يصح من غير جائز التصرف ، فلا يصح عتق الصبي ، والمجنون . قال ابن المنذر : هذا قول عامة أهل العلم ، ومن حفظنا عنه ذلك ؛ الحسن ، والشعبي ، والزهري ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لقول النبي ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ ، وَعَنِ الثَّائِمِ حَتَّى يَسْتَقِظَ » (٢٧) . ولأنه تبرع بالمال ، فلم يصح منهما / ، كالهبة . ولا يصح عتق السفينة المحجور عليه ، وهو قول القاسم بن محمد . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى ، أنه يصح عتقه ، قياساً على طلاقه وتذبيره . ولنا ، أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه ، فلم يصح عتقه ، كالصبي ، ولأنه تصرف في المال في حياته ، فأشبهه بعتقه ، وهبته . ويُفارق الطلاق ؛ لأن الحجر عليه في ماله ، والطلاق ليس بتصرف فيه . ويُفارق التذبير ؛ لأنه تصرف فيه بعد موته ، وغناه عنه بالموت ، ولهذا صحت وصيته ، ولم تصح هبته المنجزة . وعتق السكران مبنئ على طلاقه ، وفيه من الخلاف ما فيه . ولا يصح عتق المكره ، كما لا يصح طلاقه ، ولا بيعه ، ولا شيء من تصرفاته .

فصل : ولا يصح العتق من غير المالك ، فلو أعتق عبد (٢٨) ولده الصغير ، أو يتيمه الذي في حجره ، لم يصح . وبهذا قال الشافعي ، وابن المنذر . وقال مالك : يصح عتق عبد ولده الصغير ؛ لقوله ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » (٢٩) . ولأن له (٣٠) عليه ولاية ، وله فيه حق ، فصَحَّ إعتاقه كإله . ولنا ، أنه عتق من غير مالك ، فلم يصح ، كإعتاق عبد ولده الكبير . قال ابن المنذر : لما وَرَثَ اللَّهُ الْآبَ مِنْ مَالِ ابْنِهِ السُّدَسَ مَعَ وَلَدِهِ ، ذَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي سَائِرِهِ . وقوله ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . لم يرُذبه حقيقة المِلْك ، وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك ، وإمكان الأخذ من مالك ، وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ، ولهذا لا ينفذ إعتاقه لعبد ولده الكبير ، الذي وَرَدَ الخبر فيه ، وثبوت الولاية له على

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : ٥٠/٢ .

(٢٨) في م : ١ : عيد .

(٢٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

(٣٠) في الأصل : ١ : وليس .

مالٍ وَلَدِهِ أَبْلَغَ فِي (٣١) امْتِنَاعِ إِعْتاقِ عِبْدِهِ ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَثَبَّتَ الْوِلَايَةَ عَلَيْهِ لِحَظِّ الصَّبِيِّ ، لِيَحْفَظَ مَالَهُ عَلَيْهِ ، وَيُنْعِمَهُ لَهُ ، وَيَقُومَ بِمَصَالِحِهِ الَّتِي يَتَعَجَّرُ الصَّبِيُّ عَنْ الْقِيَامِ بِهَا ، وَإِذَا كَانَ مَقْصُودُ الْوِلَايَةِ الْحِفْظَ ، اقْتَضَتْ مَنَعَ التَّضْيِيعِ وَالتَّقْرِيبَ بِإِعْتاقِ رَقِيقِهِ ، وَالتَّبَرُّعَ بِمَالِهِ . وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِعَبْدٍ آخَرَ (٣٢) : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ مَالِي . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَهُوَ مَمْلُوكُهُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَعَامَّةُ الْفُقَهَاءِ . وَلَوْ بَلَغَ رَجُلًا (٣٣) أَنْ رَجُلًا (٣٤) قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ مِنْ مَالِي . فَقَالَ : قَدْ رَضِيتُ . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَاسْحَاقُ .

١٩٤٦ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، فَأَعْتَقَهُ مَعًا ، أَوْ وَكَّلَ نَفْسَانِ الثَّالِثَ أَنْ يُعْتِقَ حُقُوقَهُمَا مَعَ حَقِّهِ ، فَفَعَلَ ، أَوْ أَعْتَقَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ ائْتِلَافًا)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْعَبْدَ مَتَى كَانَ لِثَلَاثَةٍ ، فَأَعْتَقَهُ مَعًا ؛ إِمَّا بِأَنْفُسِهِمْ ، بِأَنْ يَتَلَفَّظُوا بِإِعْتِقِهِ مَعًا ، أَوْ يُعَلِّقُوا عَيْتَقَهُ عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَتَوَجَّدَ ، أَوْ يُوَكِّلُوا وَاحِدًا ، فَيُعْتِقَهُ ، أَوْ يُوَكِّلَ نَفْسَانِ مِنْهُمْ الثَّالِثَ ، فَيُعْتِقَهُ ، فَإِنَّهُ بِصِيرُ حُرًّا ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ حُقُوقِهِمْ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » (١) . وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْ أَعْتَقَ حَقَّهُ ، فَيُثَبِّتُ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ . وَهَذَا لَا نَعْلَمُ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا . فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَهُ سَادَتُهُ الثَّلَاثَةُ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، وَهُمْ مُعْسِرُونَ ، أَوْ كَانَ الْمُعْتَقَانِ الْأَوَّلَانِ مُعْسِرَيْنِ ، وَالثَّلَاثُ مُوسِرًا ، فَالصَّحِيحُ فِيهِ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ ، وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ ، فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُعْسِرُ نَصِيبَهُ قَوْلَيْنِ شَاذَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُعْتَقَ نَصْفُهُ مُتَفَرِّدًا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ إِنْسَانٌ نَصْفُهُ حُرٌّ ، وَنَصْفُهُ عَبْدٌ ، كَمَا لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ نَصْفُ الْمَرْأَةِ طَالِقًا ، وَنَصْفُهَا زَوْجَةً ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِعْتاقِ جَمِيعِهِ ، فَيُبْتَطَلُ (٢) كُلُّهُ .

(٣١) في ا ، ب ، م ، ن : من هـ .

(٣٢) سقط من : ا .

(٣٣-٣٤) سقط من : الأصل .

(١) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) في الأصل : « فيبطل » .

والثاني، يعتق كله، وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق، يتبع بها إذا أيسر، كما لو أثلّفه. وهذان القولان شاذان، لم يقلهما من يحتج بقوله، ولا يعتمد على مذهبه. ويردّهما قول النبي ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد، فكان معه ما يبلغ ثمن العبد، قوّم عليه قيمة العبد، وأعطى شركاءه/ حصصهم، وعتق جميع العبد، والأفقد عتق منه ما عتق». متفق عليه^(٣). وإذا ثبت أنه لا يعتق على المفسر إلا نصيبه، فباقي العبد على الرق، فإذا أعتقه مالكه، عتق بإعتاقه، وكان لكل واحد منهم ولأهله ما أعتق؛ لأن الولاء لمن أعتق. وبفارق العتق الطلاق؛ لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها، ولا ورود التكاج على بعضها، ولا تكون إلا لواحد، فتظيرها إذا كان العبد لواحد، فأعتق جزءاً منه، فإنه يعتق جميعه.

فصل: وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد: إذا دخلت الدار، فتصيبني منك حر. فدخل، عتق عليهم جميعاً، سواء قالوا ذلك دفعة واحدة، أو في دفعات متفرقة؛ لأن العتق في أنصبياتهم يقع دفعة واحدة، وإن اختلفت أوقات تعليقه^(٤).

١٩٤٧ - مسألة: قال: (ولو أعتقه أحدهم، وهو موسر، عتق كله، وصار لصاحبه^(٥) عليه قيمة ثلثه)

وجملته أن الشريك إذا عتق نصيبه من العبد، وهو موسر، عتق نصيبه. لانعلم خلافاً فيه؛ لما فيه من الأثر، ولأنه جائز التصرف، أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره، فنقد فيه، كما لو أعتق جميع^(٦) العبد المملوك له. وإذا أعتق نصيبه، سرى العتق إلى جميعه، فصار جميعه حراً، وعلى المعتق قيمة أنصباة شركائه، والولاء له. وهذا قول مالك، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري، والشافعي، وأبي يوسف، ومحمد، وإسحاق. وقال البثي: لا يعتق إلا حصّة المعتق، ونصيب الباقيين باق على الرق، ولا

(٣) تقدم ترجمته، في: ٣٦٢/٧.

(٤) في الأصل، ب، م: «تعلق».

(٥) في ب، م: «لصاحبه».

(٦) سقط من: الأصل، أ.

شيء على المعتق ؛ لما روى ابن التلب ، عن أبيه ، أن رجلاً أعتق شقيقاً له في مملوك ، فلم يضمنه النبي ﷺ . ذكره أحمد ، ورواه ^(٣) . ولأنه لو باع نصيبه ، لأختص البيع به ، فكذاك العتق ^(٤) ، إلا أن تكون جارية نقيصة ، يُعالي فيها ، فيكون ذلك بمنزلة الجنابة من المعتق ؛ للضرر الذي أدخله على شريكه . وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا حصّة المعتق ، ولشريكه الخيار / في ثلاثة أشياء ؛ إن شاء ^(٥) أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن شريكه ، فاعتق حينئذ . ولنا ، الحديث الذي روّاه ، وهو حديث صحيح ، متفق عليه ^(٦) ، ورواه مالك ، في « موطأه » ، عن نافع ، عن ابن عمر ، فأثبت النبي ﷺ العتق في جميعه ، وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموصى عليه ، ولم يجعل له خيرة ، ولا لغيره . وروى قتادة ، عن أبي المليح ، عن أبيه ، أن رجلاً من قومه أعتق شقيقاً له من مملوك ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ، فجعل خلاصه عليه في ماله ، وقال : « ليس لله شريك » ^(٧) . قال أبو عبد الله : الصحيح أنه عن أبي المليح ، عن النبي ﷺ ، مرسل ، وليس فيه عن أبيه . هذا معنى كلامه . وقول التبتى شاذ ، يخالف الأخبار كلها ، فلا يعول عليه . وحديث التلب يتعين حملُه على المُعسر ، جمعا بين الأحاديث . وقياس العتق على البيع لا يصح ، فإن البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له ، والعتق يسرى ، فإنه لو باع نصف عبده ، لم يسر ، ولو أعتق نصفه ، عتق كله . وإذا ثبت هذا ، فإن ولّاه يكون له ؛ لأنه عتق بإعتاقه ^(٨) من ماله ^(٩) ، وقد قال النبي ﷺ : « إنما الولاء لمن أعتق » ^(١٠) . ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه .

(٣) أخرجه أبو داود من طريق الإمام أحمد ، في : باب في من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٠/٢ . ولم نجده في المسند .

(٤) في ب : المعتق .

(٥) سقط من : م .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٦٢/٧ . ويضاف إليه : كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب من أعتق شركا له في مملوك ، من كتاب العتق والولاء . الموطأ ٧٧٢/٢ .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق نصيبا له من مملوك ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٤/٥ ، ٧٥ .

(٨) سقط من : ١ .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

فصل : وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ كَوْنِ الشُّرَكَاءِ مُسْلِمِينَ أَوْ كَافِرِينَ ، أَوْ بَعْضُهُمْ مُسْلِمًا ، وَبَعْضُهُمْ كَافِرًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : فِي الْكَافِرِ وَجْهٌ ، أَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ نَصَبُهُ مِنْ مُسْلِمٍ ، أَنَّهُ لَا يَسْرِي إِلَى بَاقِيهِ ، وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ عَبْدًا مُسْلِمًا . وَلَنَا ، عُمُومُ الْحَبَرِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ ثَبَتَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَنِيَةِ ، وَالْعَرَضُ هُنَا تَكْمِيلُ الْعِنَقِ ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ الشَّرِيكِ دُونَ التَّمْلِيكِ ، بِخِلَافِ الشَّرَاءِ ، وَلَوْ قُدِّرَ أَنَّ هَهُنَا تَمْلِكًا ، لَكَانَ تَقْدِيرًا فِي أَذْنَى زَمَانٍ / ، حَصَلَ ضَرُورَةٌ تَحْصِيلُ الْعِنَقِ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَإِنَّ قُدْرَ فِيهِ ضَرَرٌ ، فَهُوَ مَعْمُورٌ ١١/١٦٦ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا يَحْصُلُ مِنَ الْعِنَقِ ، فَوُجُودُهُ كَالْعَدَمِ ، وَقِيَاسُ هَذَا عَلَى الشَّرَاءِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لَمَا بَيَّنَّاهُ مِنَ الْفَرْقِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٤٨ - مسألة : قال : (فَإِنْ أُعْتِقَهُ بَعْدَ عِنَقِ الْأَوَّلِ ، وَقَبْلَ اخْتِذِ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا فِيهِ عِنَقٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ حُرًّا بِعِنَقِ الْأَوَّلِ لَهُ)

يعنى أَنَّ الْعِنَقَ يَسْرِي إِلَى جَمِيعِهِ بِاللَّفْظِ ، لَا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، فَيُعْتِقُ كُلَّهُ حِينَ لَفْظِهِ ^(١) بِالْعِنَقِ ، وَيَصِيرُ حُرًّا ، وَتَسْتَقِرُّ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ ، فَلَا يُعْتِقُ بَعْدَ ذَلِكَ بِعِنَقٍ غَيْرِهِ . وَهَذَا قَالَ ابْنُ شَبْرُمَةَ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ لَهُ ، وَاخْتَارَهُ الْمُزَنِيُّ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، فِي قَوْلِهِ ^(٢) : لَا يُعْتِقُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَيَكُونُ قَبْلَ ذَلِكَ مِلْكًا لِصَاحِبِهِ ، يَنْفَعُ عِتْقُهُ فِيهِ ، وَلَا يَنْفَعُ نَصْرُهُ فِيهِ بِغَيْرِ الْعِنَقِ . وَهَذَا مُقْتَضَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَاحْتَجَّوْا بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، فَأُعْطِيَ ^(٣) شُرَكَاءُهُ حِصَصَهُمْ ، وَعَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ » ^(٤) . وَفِي لَفْظِ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ : « فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يَقُومُ عَلَيْهِ قِيَمَةُ عَدْلٍ ، لَا وَكَسَ وَلَا شَطَطَ ، ثُمَّ يُعْتِقُ » . فَجَعَلَهُ عَتِيقًا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَلِأَنَّ الْعِنَقَ إِذَا ثَبَتَ بِعَوَضٍ وَرَدَ

(١) في ١ ، ب ، م : « لفظ » .

(٢) في ب ، م زيادة : « له » .

(٣) في ١ : « وأعطى » .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ٣٦٢/٧

قول النبي ﷺ : « قوم عليه قيمة العدل » ... ولفظ أبي داود مما جاز من حديث ابن عمر الذي سيذكره المصنف بعض رواياته في الصفحة التالية . وقد تقدم ترجيح هذه الألفاظ في الموضع المشار إليه .

الشرع به مطلقاً ، لم يعتق إلا بالأداء ، كالمكاتب . وللشافعي قول ثالث ، أن العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبيناً أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه ، وإن لم يدفع القيمة تبيناً أنه لم يكن عتق ، لأن فيه احتياطاً لهما جميعاً . ولنا ، حديث ابن عمر ، روى بالفاظ مختلفة ، تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ ، فمنها ، لفظ رواه أبو ب ، عن نافع ، عن ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَهُ فِي عَيْدٍ ، فَكَانَ لَهُ مَا ^(٥) يَبْلُغُ ثَمَنُهُ بِقِيَمَةِ الْعَدْلِ ، فَهُوَ عَيْتَقَ » . رواه ^(٦) البخاري ، وأبو داود ، والنسائي ، وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة ، ^(٧) عن نافع ، عن ابن عمر : « فَكَانَ لَهُ مَالٌ / ، فَقَدْ عَتَقَ كُلَّهُ » . وفي رواية ابن أبي ذئب ^(٨) عن نافع ، عن ابن عمر : « وَكَانَ لِلَّذِي يُعْتَقُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنُهُ ، فَهُوَ يُعْتَقُ كُلَّهُ » . وروى أبو داود ^(٩) ، بإسناده ، عن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شَيْقَصًا ^(١٠) مَمْلُوكًا ، فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مَالِهِ » . وهذه نصوص في محل ^(١١) النزاع ، فإنه جعله حراً وعتيقاً بإعتاقه ، مشروطاً بكونه مومراً . ولأنه عتق بالسراية ، فكانت حاصلة عقيب لفظه ، كما لو أعتق ^(١٢) جزءاً من عبيده ^(١٣) ، ولأن القيمة معتبرة وقت الإعتاق ، ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الإعتاق . وعند الشافعي ، لا ينفذ بالإعتاق أيضاً ، فدل على أن العتق حصل فيه بالإعتاق الأول . فأما حديثهم ، فلا حجة لهم فيه ، فإن ^(١٤) الواو لا تقتضي ثرتين ، وأما العطف بـ « ثُمَّ » في اللفظ الآخر ، لم يرد بها الترتيب ، فإنها قد ترد لغير الترتيب ، كقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ اللَّهُ شَهِدَ عَلَى مَا يَفْعَلُونَ ﴾ ^(١٥) . وأما العوض ، فإنما وجب

(٥) في ١ : مال .

(٦-٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) في : باب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٩/٢ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب تقوم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا عتق نصيباً في عبد وليس له مال ... من كتاب العتق . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : باب من أعتق شركاءه في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٧/٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٤/٦ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق شركاءه في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .

(٨) في ١ : ب : من .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠-١٠) في م : حرام عبيده .

(١١) سورة يونس ٤٦ .

عن المُتَلَفِ بِالْإِغْتَاقِ ، بِدَلِيلِ اعْتِبَارِهِ بِقِيَمَتِهِ حِينَ الْإِغْتَاقِ ، وَعَدَمِ اعْتِبَارِ التَّرَاضِي فِيهِ ، وَوُجُوبِ الْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ وَكَسْرٍ وَلَا شَطِيطٍ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الشَّرِيكَينِ إِذَا اُعْتَقَاهُ بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ، وَقَبْلَ اخْتِذِ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ لهما فِيهِ عِتْقٌ ، وَلَا لهما عَلَيْهِ وَلَا ءٌ ، وَلَا لَهُ كُلُّهُ لِلْمُعْتِقِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ حُرًّا بِإِغْتَاقِهِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ يَكُونُ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ أَثْلَانًا ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُعْتِقِ الْأَوَّلِ مِنَ الْقِيَمَةِ . وَلَوْ أَنَّ الْمُعْتِقَ الْأَوَّلَ لَمْ يُوَدِّ الْقِيَمَةَ حَتَّى أَفْلَسَ ، عَتَقَ الْعَبْدَ ، وَكَانَتِ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ذِمَّتًا ، يُزَاحِمُ بِهَا الشَّرِيكَانِ عِنْدَنَا . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لَا يَعْتِقُ مِنْهُ إِلَّا مَا عَتَقَ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتِقُ جَارِيَةً حَامِلًا ، فَلَمْ تُؤَدْ الْقِيَمَةُ حَتَّى وَضَعَتْ حَمْلَهَا ، فَلَيْسَ عَلَى الْمُعْتِقِ إِلَّا قِيَمَتُهَا حِينَ اُعْتَقَهَا ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ حُرٌّ رَا . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، يَقُومُ وَلَدُهَا أَيْضًا . وَلَوْ ثَلِثَ الْعَبْدُ قَبْلَ أَداءِ الْقِيَمَةِ ، مَاتَ حُرًّا ، وَالْقِيَمَةُ عَلَى الْمُعْتِقِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتْ عَلَيْهِ ^(١٦) / رِقَهُ . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لَا شَيْءَ عَلَى ^{١١٧/١١} الْمُعْتِقِ ، وَمَا ^(١٧) لَمْ يَقُومَ ، وَيُحْكَمُ بِقِيَمَتِهِ ، فَهُوَ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ عَبْدٌ .

فصل : وَالْقِيَمَةُ مُعْتَبَرَةٌ حِينَ اللَّفْظِ بِالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ جِئَ الْإِثْلَافَ ، ^(١٨) وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ . وَلِلشَّرِيكِ مُطَالَبَةٌ بِالْقِيَمَةِ ^(١٩) ، عَلَى الْأَقْوَالِ كُلِّهَا ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهَا ، رُجِعَ إِلَى قَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ مَاتَ ، أَوْ غَابَ ، أَوْ تَأَخَّرَ تَقْوِيمُهُ زَمَانًا ، فَخْتَلَفَ فِيهِ الْقِيَمُ ^(٢٠) ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ؛ ^(٢١) لِأَنَّهُ يَنْكِرُ الزِّيَادَةَ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنْهَا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ^(٢٢) فِي صِنَاعَةٍ فِي الْعَبْدِ تَوْجِبُ زِيَادَةَ الْقِيَمَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ^(٢٣) ؛ لِذَلِكَ ^(٢٤) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ يُخْسِنُ

(١٢) سقط من : الأصل ، ب .

(١٣) سقطت الواو من : أ ، ب ، م .

(١٤-١٤) مكان هذا في الأصل ، أ ، ب : وهو قول الشافعي .

(١٥) في أ : القيمة .

(١٦-١٦) سقط من : أ . نقل نظر .

(١٧) في م : اختلف .

(١٨) في أ : كذلك .

الصَّنَاعَةِ فِي الْحَالِ ، وَلَمْ يَمْضِ زَمَنٌ يُمَكِّنُ ^(١٩) تَعَلُّمَهَا فِيهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا صِدْقَهُ . وَإِنْ مَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ ^(٢٠) حَدُوثَهَا فِيهِ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ ، وَعَدَمُ الْحَدُوثِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي عَيْبٍ يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ ^(٢١) ؛ كَسَرَقَةٍ ، أَوْ إِسَابِقٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةَ ، فِيالْجِهَةِ الَّتِي رَجَحْنَا قَوْلَ الْمُعْتَقِ فِي نَفْيِ الصَّنَاعَةِ ، نُرْجِّحُ قَوْلَ الشَّرِيكِ فِي نَفْيِ الْعَيْبِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ فِيهِ حَالٌ اخْتِلَافٍ ، وَاخْتِلَافًا فِي حَدُوثِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ ، وَبَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ ، وَعَدَمُ حَدُوثِ الْعَيْبِ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَتُهُ مِنَ الْعَيْبِ حِينَ الْإِغْتِاقِ .

فصل : وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْبَسَارِ فِي هَذَا ، أَنْ يَكُونَ لَهُ فَضْلٌ عَنْ قُوَّتِهِ ^(٢٢) ، يَوْمَهُ وَلَيْلَتَهُ ، وَمَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ مِنْ حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ مِنَ الْكِسْوَةِ ، وَالْمَسْكَنِ ، وَسَائِرِ مَا لَا يَبْدُلُهُ مِنْهُ ، مَا ^(٢٣) يَذْفَعُهُ إِلَى شَرِيكِهِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، فِي « التَّنْبِيهِ » . وَإِنْ وَجَدَ بَعْضُ مَا يَفْقِدُ بِالْقِيَمَةِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قَدْرٌ مَا يَمْلِكُهُ مِنْهُ . ذَكَرَهُ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ أَحْمَدُ : لَا تَبَاغُ فِيهِ ذَارٌ ، وَلَا رِبَاعٌ . وَمُقْتَضَى هَذَا ، أَنْ لَا يُبَاغَ لَهُ أَصْلُ مَالٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ / ^{١٦٧/١١ ط} يُبَاغُ عَلَيْهِ سِوَارُ بَيْتِهِ ، وَمَالُهُ بِأَلِّ ^(٢٤) مِنْ كِسْمَتِيهِ ، وَيُقَضَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ كَمَا ^(٢٥) يُقَضَى عَلَيْهِ فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى . وَالْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ حَالُ تَلَفُّظِهِ بِالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ الْوُجُوبِ ، فَإِنْ أُبْسِرَ الْمُعْسِرُ بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ يَسِرْ إِغْتَاقُهُ ، وَإِنْ أُعْسِرَ الْمُوسِرُ ، لَمْ يَسْقُطْ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ ؛ ^(٢٥) لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ ^(٢٦) ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِإِعْسَارِهِ ، كَذَيْنِ الْإِثْلَافِ . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ .

(١٩-١٦) سقط من: ب. نقل نظر. وفي أ: تعليمها .

(٢٠) في ب، م: القيمة .

(٢١) في أ: قوت .

(٢٢) سقط من: م .

(٢٣) في أ: مال .

(٢٤) في أ، ب، م: ما .

(٢٥-٢٦) سقط من: الأصل. نقل نظر .

فصل : إذا قال أحد الشريكين لشريكه : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حُرٌّ مع نصيبك . فأعتق نصيبه ، عتقًا معًا ، ولم يلزم المعتق شيء . وقيل : يعتق كله على المعتق ؛ لأن إعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه ، فلزم^(٢٦) أن يكون سابقًا عليه . والأول أولى ؛ لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه ، فوجب حمله عليه ، كما لو وكله فى إعتاق نصيبه مع نصيبه ، فأعتقهما معًا . وإن قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حُرٌّ ، فقال أصحابنا : إذا أعتق نصيبه ، سرى ، وعتق كله عليه ، وقوم عليه ، ولا يقع إعتاق شريكه ؛ لأن السراية سبقت ، فمعت عتق الشريك . ويحتمل أن يعتق عليهما جميعًا ؛ لأن عتق نصيبه سبب للسراية ، وشرط لعتق نصيب الشريك ، فلم يسبق أحدهما الآخر ؛ لوجودهما فى حال واحد .^(٢٧) وقد يرجح وقوع^(٢٧) عتق الشريك ؛ لأنه تصرف منه فى ملكه ، والسراية تقع فى غير الملك على خلاف الأصل ،^(٢٨) فكان نفوذ عتق الشريك أولى . ولأن سراية العتق على خلاف الأصل^(٢٨) ؛ لكونها إثلافاً لملك المعصوم بغير رضاه ، وإلزاماً للمعتق غرامة لم يلزمها بغير اختياره ، وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق ، فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك ، كان أولى . وإن قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حُرٌّ قبل^(٢٩) نصيبك . فأعتق نصيبه ، عتقًا معًا عليهما . وكذلك إذا قال : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حُرٌّ قبل^(٢٩) إعتاقك نصيبك . وقعًا معًا ، إذا أعتق نصيبه . وهذا مقتضى قول أبى بكر ، والقاضى . ومقتضى قول ابن عقيل ، / أن يعتق كله على المعتق ، ولا يقع إعتاق شريكه ؛ لأنه إعتاق^(٣٠) فى زمن ماضٍ . ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ، ممن قال بسراية العتق ، أن لا يصح إعتاقه ؛ لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته ، فيمتنع إعتاق نصيب هذا ، ويمتنع عتق نصيب الشريك ، ويفضى إلى الدور ، فيمتنع الجميع . وقد مضى

(٢٦) فى ١ ، ب ، م ، د : فليزم .

(٢٧-٢٧) فى ب : ١ : ووقع .

(٢٨-٢٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٩-٢٩) سقط من : م . نقل نظر .

(٣٠) م : د : أعتق .

الكلام على^(٣٠) هذا في مسائل الطلاق^(٣١) . والله تعالى أعلم .

١٩٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَإنْ أَعْتَقَهُ الْأَوَّلُ وَهُوَ مُعْسِرٌ ، وَأَعْتَقَهُ الثَّانِي وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ وَنَصِيْبُ^(١) شَرِيْكِهِ ، وَكَانَ ثَلَاثٌ وَلَاحِجِهِ لِلْمُعْتِقِ الْأَوَّلِ ، وَثَلَاثَةٌ لِلْمُعْتِقِ الثَّانِي)

ظاهر المذهب أن المُعْسِرَ إذا أعتق نصيبه من العتيد ، استقر فيه العتق ، ولم يسر إلى نصيب شريكه ، بل يبقى على الرق ، فإذا أعتق^(٢) الثاني نصيبه ، وهو مُوسِرٌ ، عتق عليه جميع ما بقي منه ؛ نصيبه بالمباشرة^(٣) ، ونصيب شريكه الثالث بالسراية ، وصار له ثلثا ولأيه ، ولأول ثلثه . وهذا قول إسحاق ، وأبي عبيد ، وابن المنذر ، وداود ، وابن جرير . وهو قول مالك ، والشافعي ، على الوجه الذي بيناه من قولهما فيما مضى . ورؤي عن عروة ، أنه اشترى عبداً أعتق نصفه ، فكان عروة يشاهره ؛ شهر عبداً ، وشهر حر . ورؤي عن أحمد ، أن المُعْسِرَ إذا أعتق نصيبه ، استسعى العتد في قيمة حصته الباقي حتى يؤدبها ، فيعتق . وهو قول ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصَالَهُ فِي^(٤) مَمْلُوكٍ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْتَقَهُ كُلُّهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِلَّا اسْتَسْعَى الْعَتِدُ ،^(٥) غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ^(٦) » . متفق عليه ، ورواه أبو داود^(٧) . قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة : فإذا استسعى

(٣٠) في م : ٥ ؛ في هـ :

(٣١) تقدم في : ١٠/٣٥٥ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : ٥ استحق ؛

(٣) في م : ٥ بالمباشرة ؛

(٤) في ب : ١ من ؛

(٥) سقط من : ب .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب تقوم الأشياء بين الشركاء ... ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق نصيباً من عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ١٨٥ ، ١٩٠ . ومسلم ؛ في : باب ذكر سعاية العتد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ . وأبو داود ، في : باب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٤٩/٢ .

في يَصِفُ قِيَمَتِهِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ مُعْتَقَهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ يَنْصِفُ الْقِيَمَةَ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْجَاهُ إِلَى هَذَا ، وَكَفَّلَهُ إِبَاهُ . وَعَنْ أَبِي يَوْسُفَ ، وَعَمِيدٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : يَعْتَقُ جَمِيعُهُ ، وَتَكُونُ قِيَمَةُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ / فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَتَّبِعُضُ^(٧) ، فَإِذَا وَجَدَ فِي الْبَعْضِ سَرَى إِلَى جَمِيعِهِ ، ١١/١٦٨ ظ كَالطَّلَاقِ ، وَيَلْزَمُ الْمُعْتَقُ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَلِفُ لِنَصِيبِ صَاحِبِهِ بِإِعْتَاقِهِ ، فَوَجَبَتْ قِيَمَتُهُ فِي ذِمَّتِهِ ، كَالْوَأْتِلَفَةِ^(٨) بِقَتْلِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْرَى الْعِتْقُ ، وَإِنَّمَا يَسْتَحَقُّ بِهِ إِعْتَاقُ النِّصِيبِ الْبَاقِي ، فَيَتَخَيَّرُ شَرِيكُهُ بَيْنَ إِعْتَاقِ نَصِيبِهِ ، وَبِكَوْنِ الْوَلَاءِ بَيْنَهُمَا ، وَبَيْنَ أَنْ يُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيبِهِ ، فَإِذَا أَذَاهُ إِلَيْهِ عَتَقَ ، وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا . وَلَنَا ، حَدِيثُ ابْنِ عَمْرٍ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ثَابِتٌ عِنْدَ جَمِيعِ الْعُلَمَاءِ بِالْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّ الْاِسْتِسْعَاءَ إِعْتَاقُ بَعْضٍ ، فَلَمْ يُجْزَئْ عَلَيْهِ ، كَالْكِتَابَةِ ، وَلِأَنَّ فِي الْاِسْتِسْعَاءِ إِضْرَارًا بِالشَّرِيكِ وَالْعَبْدِ ؛ أَمَّا الشَّرِيكُ فَإِنَّمَا نُحِيلُهُ عَلَى سِعَايَةِ لَعَلَّهُ لَا يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَصْلًا ، وَإِنْ حَصَلَ فَرُبَّمَا يَكُونُ يَسِيرًا مُتَقَرِّفًا ، وَيَقُوتُ عَلَيْهِ مِلْكُهُ ، وَأَمَّا الْعَبْدُ ، فَإِنَّمَا تُجِيرُهُ عَلَى سِعَايَةٍ لَمْ يُرْذَها ، وَكَسَبَ لَمْ يَحْتَرَهُ ، وَهَذَا ضَرَرٌ فِي حَقِّهِمَا ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »^(٩) . قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ : أَلَيْسَ إِنَّمَا الزِّمُّ الْمُعْتَقُ تَمَنَّى مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ ، لِفَلَا يَدْخُلَ عَلَى شَرِيكِهِ ضَرَرٌ ، فَإِذَا أَمْرُهُ^(١٠) بِالسَّعْيِ ، وَإِعْطَايَةِ كُلِّ شَهْرٍ ذِرْهَمَيْنِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَمَلُّكِهِ ، فَأَيُّ ضَرَرٍ أَكْثَرُ مِنْ هَذَا ! فَأَمَّا حَدِيثُ الْاِسْتِسْعَاءِ ، فَقَالَ الْأَثَرُ : ذَكَرَهُ سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ ، فَطَعَنَ فِيهِ ، وَضَعَفَهُ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : لَيْسَ فِي الْاِسْتِسْعَاءِ يَثْبُتُ^(١١) عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ يَرْوِيهِ ابْنُ أَبِي عُرْوَةَ^(١٢) . وَأَمَّا شُعْبَةُ ، وَهَشَامُ الدَّسْتَوَائِيُّ . فَلَمْ يَذْكُرَاهُ^(١٣) . وَحَدَّثَ بِهِ مَعْمَرٌ ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ السَّعَايَةَ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : وَهَمَامٌ أَيْضًا لَا

= كَأَن يُخْرِجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ شَرَكَا لَهُ فِي عِيدٍ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٨٤٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ،

فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٢٥٥ ، ٤٢٦ ، ٤٧٢ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : يَنْتَقِضُ .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « أَتْلَفَ » .

(٩) فِي : م : ضَمَارٌ . وَتَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ١٤٠/٤ .

(١٠) فِي : ب ، م : « أَمْرُهُ » .

(١١) فِي : أ ، ب ، م : « ثَبِتَ » . وَمَا فِي الْأَصْلِ مَعْنَاهُ : شَيْءٌ يَثْبُتُ .

(١٢) فِي : أ ، ب ، م : « عُرْوَةُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « يَذْكُرُهُ » .

يَقُولُهُ . قَالَ الْمُرُوزِيُّ : وَضَعَفَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ حَدِيثَ سَعِيدٍ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا يَصِحُّ حَدِيثُ الْأَسْتِنْعَاءِ . وَذَكَرَ هَمَّامٌ أَنَّ ذِكْرَ الْأَسْتِنْعَاءِ مِنْ قُنْيَا قَتَادَةَ ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الْكَلَامِ الَّذِي هُوَ مِنْ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَوْلِ قَتَادَةَ . قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ / فَكَانَ قَتَادَةُ يَقُولُ : إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَى . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ يَدُورُ عَلَى قَتَادَةَ ، وَقَدْ اتَّفَقَ شُعْبَةُ ، وَهَشَامٌ ، وَهَمَّامٌ ، عَلَى تَرْكِ ذِكْرِهِ ، وَهَمَّ الْحُجَّةُ فِي قَتَادَةَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ فِيهِ عِنْدَ جَمِيعِ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْحَدِيثِ إِذَا خَالَفَهُمْ غَيْرُهُمْ . فَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَوْلُ صَاحِبَيْهِ الْأَخِيرِ ، فَلَا شَيْءَ مَعَهُمْ يَحْتَجُّونَ بِهِ مِنْ حَدِيثٍ قَوِيٍّ وَلَا ضَعِيفٍ ، بَلْ هُوَ مُجَرَّدُ زَايٍ وَتَحَكُّمٍ يُخَالِفُ الْحَدِيثَيْنِ جَمِيعًا . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : لَمْ يَقُلْ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَزُفَرَ^(١٤) ، بِحَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ ، وَلَا حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ عَلَى وَجْهِهِ ، وَكُلُّ قَوْلٍ خَالَفَ^(١٥) السُّنَّةَ ، فَمُرْدُودٌ عَلَى قَائِلِهِ . وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ .

فصل : إِذَا قُلْنَا بِالسَّعَايَةِ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَعْتَقَ كُلُّهُ ، وَتَكُونَ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ دَيْنًا يَسْتَعَى^(١٦) فِي أَدَائِهَا ، وَتَكُونَ أَحْكَامُهُ^(١٧) أَحْكَامُ الْأَخْرَارِ ، فَإِنْ مَاتَ ، وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، كَانَ لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ السَّعَايَةِ ، وَبَاقِي مَالِهِ مَوْرُوثٌ ، وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى أَحَدٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَعْتَقَ حَتَّى يُؤَدَّى السَّعَايَةُ ، فَيَكُونَ حُكْمُهُ قَبْلَ أَدَائِهَا حُكْمَ مَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ ، إِنْ^(١٨) مَاتَ ، فَلِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يَعْتَقَ مِنْ مَالِهِ مِثْلُ مَا يَكُونُ لَهُ ، عَلَى قَوْلِ مَنْ لَمْ يَقُلْ بِالسَّعَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ بِأَدَاءِ مَالٍ ، فَلَمْ يَعْتَقَ قَبْلَ أَدَائِهِ ، كَالْمُكَاتِبِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ : يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى الْمُعْتَقِ إِذَا أَيْسَرَ ؛ لِأَنَّهُ كَلَّفَهُ السَّعَايَةَ بِإِعْتَاقِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ لِرَبِّ الْعَبْدِ فِي مُقَابَلَةِ حُرِّيَّتِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ، كَالِ الْمُكَاتِبَةِ^(١٩) ، وَلِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى السَّيِّدِ ، لَكَانَ هُوَ السَّاعِيَ فِي الْعَوَضِ ، كَسَائِرِ الْمُحَقُوقِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ .

(١٤) فِي إِهَادَةِ : د : صَاحِبِهِ .

(١٥) فِي م : يُخَالِفُ .

(١٦) فِي م : يَسْتَعَى .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٨) فِي م : إِذَا .

(١٩) فِي أ ، ب ، م : الْكُتَابَةُ .

١٩٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ الثَّانِي مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيْبَهُ مِنْهُ ، وَكَانَ ثُلُثُهُ رَقِيْقًا لِمَنْ لَمْ يُعْتَقِ ، فَإِنْ مَاتَ وَفِي يَدِهِ مَالٌ كَانَ ثُلُثُهُ لِمَنْ لَمْ يُعْتَقِ) ، وَثُلَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ الْأَوَّلِ وَالْمُعْتَقِ الثَّانِي بِالْوَلَاةِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أَحَدٌ مِنْهُمَا)

إنما كان كذلك ؛ / لِأَنَّ الْمُعْسِرَ لَا يُعْتَقُ إِلَّا نَصِيْبَهُ ، وَالْأَوَّلُ وَالثَّانِي مُعْسِرَانِ ، فَلَمْ يُعْتَقِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ إِلَّا نَصِيْبُهُ ، وَنَصِيْبُهُمَا الثُّلَاثَانِ ، وَيَقِي ثُلُثُهُ رَقِيْقًا لِثَلَاثٍ ، فَإِذَا خَلَفَ الْعَبْدُ مَالًا ، فَثُلُثُهُ لِلَّذِي لَمْ يُعْتَقِ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِثُلُثِهِ ، وَثُلَاثُهُ مِيرَاثٌ ، لِأَنَّهُ مَلَكَهُمَا بِجُزْئِهِ الْحُرِّ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ نَسِيبٌ ، يَرِثُ مَالَهُ كُلَّهُ ، أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ مِنَ الْمُعْتَقِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ نَسِيبٌ فَهُوَ لِلْمُعْتَقَيْنِ بِالْوَلَاةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ ذُو قُرْبَى يَرِثُ الْبَعْضَ ، أَخَذَ قُرْبَاهُ مِنْهُ ، وَبَاقِيَهُ لِلْمُعْتَقَيْنِ . وَهَذَا الْقَوْلُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالِكٌ ثُلُثَهُ قَاسَمَ الْعَبْدَ فِي حَيَاتِهِ كَسْبِهِ ، وَلَمْ يُهَابِئْهُ ، فَأَمَّا إِنْ قَاسَمَهُ ، أَوْ هَابِئَهُ ، فَلَا حَقَّ لَهُ فِي تَرْكِتِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا حَصَلَتْ بِالْجُزْءِ الْحُرِّ ، فَتَكُونُ جَمِيعُهَا مِيرَاثًا لَوَرَثَتِهِ ، دُونَ مَالِكِ ثُلُثِهِ ، إِذَا لَحَقَّ لَهُ فِي الْجُزْءِ الْحُرِّ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ حَقٌّ فِيمَا كَسَبَهُ ^(١) ، وَلَا فِيمَا مَلَكَهُ ^(٢) .

فصل : وَمَنْ قَالَ بِالسَّعَايَةِ ، فَإِنَّهُ يُسْتَسْعَى حِينَ أُعْتَقَهُ الْأَوَّلُ ، فَإِذَا أُعْتَقَ الثَّانِي نَصِيْبَهُ ، ائْتَنَى ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ فِي حُرِّيَّتِهِ ، هَلْ حَصَلَتْ بِاعْتَاقِ ^(٣) الْأَوَّلِ أَوْ لَا ؟ فَمَنْ جَعَلَهُ حُرًّا ، لَمْ يَصْصَحْ عَتَقَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِاعْتَاقِ الْأَوَّلِ ، وَمَنْ لَمْ يَجْعَلْهُ حُرًّا ، صَحَّحَ ^(٤) عَتَقَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ أُعْتَقَ جُزْءًا مَمْلُوكًا لَهُ مِنْ عَتِيدٍ . وَإِذَا مَاتَ قَبْلَ أَدَاءِ سِعَايَتِهِ فَقَدْ مَاتَ وَثُلُثُهُ رَقِيْقٌ ، فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِي الْمِيرَاثِ كَحُكْمِ ^(٥) مَا ذَكَرْنَا فِي الْقَوْلِ الْآخِرِ .

فصل : وَإِذَا حَكَمْنَا بِعَتَقِ بَعْضِهِ ، وَرَقَّ بَاقِيَهُ ، فَإِنْ نَفَقَتَهُ فِي حَيَاتِهِ ، وَفَطَرْتَهُ ، وَأَكْسَابَهُ ، بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ عَلَى قَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ . وَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى الْمُهَابَاةِ بَيْنَهُمَا ، كَانَتْ نَفَقَةُ الْعَبْدِ وَكَسْبُهُ فِي أَيَّامِهِ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَفِي أَيَّامِ سَيِّدِهِ يَكُونُ كَسْبُهُ لِسَيِّدِهِ ،

(١-١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢) في زيادة : ب ه .

(٣) في الأصل : ب : باعنا .

(٤) في الأصل ، أ ، ب : صح .

(٥) في ب ، م : حكم .

وَيَقَعُّهُ عَلَيْهِ . فَأَمَّا الْأَنْكَسَابُ النَّادِرَةُ ؛ كَاللَّقَطَةِ ، وَالْهَيْةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهَا تَدْخُلُ فِي الْمَهَائِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أُنْكَسَابِهِ / فَأَشْهَبَتِ الْمُعْتَادَةَ . وَذَكَرَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي الْمَهَائِيَةِ ، وَتَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الْمَهَائِيَةَ مُعَاوَضَةٌ ، فَكَأَنَّهُ تَعَاوَضَ عَنْ نَصِيْبِهِ مِنْ كَسْبِهِ فِي يَوْمِ سَيِّدِهِ بِنَصِيْبِ سَيِّدِهِ فِي يَوْمِهِ ، فَلَا تَتَنَازَلُ الْمُعَاوَضَةُ الْمَجْهُوْلُ ، وَمَا لَا يُغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ وَجُودُهُ . فَأَمَّا الْجِمَارَاتُ ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْمَهَائِيَةِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ سَيِّدُهُ مِنْهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْتَبُ بِجُزْئِهِ الْحَرَّ ، وَيَمْلِكُ هَذَا الْعَبْدُ بِجُزْئِهِ الْحَرَّ جَمِيعَ أَنْوَاعِ الْعِلَالِكِ ، وَيُورِثُ ، وَيُورَثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَقَدْ مَضَى ذِكْرُ ذَلِكَ .

فصل : وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ، وَهُوَ صَحِيحُ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، صَحَّ عَقْدُهُ بِاجْتِمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُ ، عَقَّتْ كُلُّهُ . فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِهِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ^(٦) . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ بِالْحِجَازِ ، وَالْعِرَاقِ ، قَالُوا : يَغْتَقِ كُلُّهُ إِذَا أَعْتَقَ نِصْفَهُ . وَقَالَ طَاوُسٌ : يَغْتَقِي فِي عَقْدِهِ ، وَيَرِقُّ فِي رِقِّهِ . وَقَالَ حَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ^(٧) : يَغْتَقِي مِنْهُ مَا أَعْتَقَ ، وَيَسْتَعِي فِي بَاقِيهِ . وَخَالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ أَصْحَابَهُ ، فَلَمْ يَرَوْا عَلَيْهِ سِعَايَةَ . وَرَوَى عَنْ مَالِكٍ ، فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ ، ثُمَّ غَفَلَ عَنْهُ حَتَّى مَاتَ ، فَقَالَ : أَرَى نِصْفَهُ حُرًّا ، وَنِصْفَهُ رَقِيْقًا ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي بَعْضِهِ ، فَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ ، كَالْتَّبِيعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، فَكَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَعَقَّتْ عَلَيْهِ جَمِيعُ الْعَبْدِ » ^(٨) . وَإِذَا أَعْتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيْكَهِ ، كَانَ بَيْنَهُمَا عَلَى عَقْدٍ جَمِيعِهِ إِذَا كَانَ كُلُّهُ مِلْكًا لَهُ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْفَصَالَهُ مِنْ ^(٩) مَمْلُوكٍ ،

(٦) أخرجه عنهما البيهقي ، في : باب من أعتق من مملوكه شقفا ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ١/٢٧٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يعتق بعض مملوكه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/١٨٣ . وأخرجه عن ابن عمر ، عبد الرزاق ، في : باب من أعتق بعض عبده ، من كتاب المدير . المصنف ٩/١٤٨ .
(٧) سقط من : الأصل .
(٨) تقدم غريبه ، في : ٣٦٢/٧ .
(٩) في : م ١ .

فَهُوَ خُرٌ مِنْ مَالِهِ ^(١٠) . وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ لِبَعْضِ مَمْلُوكِهِ الْآدَمِيِّ ، فَرَأَى عَنْ جَمِيعِهِ ، كَالطَّلَاقِ ، وَيُعَارَى الْبَيْعُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ / إِلَى السَّعَايَةِ ، وَلَا يَتَنَبَّئُ عَلَى التَّغْلِيْبِ ^(١١) وَالسَّرَايَةِ ^(١٢) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُعْتَقَ جُزْءًا كَبِيرًا ، كِنَصْفِهِ وَثُلْثِهِ ، أَوْ صَغِيرًا ، كَعَشْرِهِ وَعَشْرِ عَشْرِهِ . وَلَا تَعْلَمُ فِي هَذَا إِخْلَافًا بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِسِرَايَةِ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ مَشَاعًا . وَإِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا مُعَيَّنًا ، كَرَأْسِهِ ، أَوْ يَدَيْهِ ، أَوْ أَصْبُعِهِ ، عَتَقَ كُلَّهُ أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ قَتَادَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ أَعْتَقَ رَأْسَهُ ، أَوْ ظَهْرَهُ ، أَوْ بَطْنَهُ ، أَوْ جَسَدَهُ ، أَوْ نَفْسَهُ ، أَوْ فَرْجَهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ حَيَاتَهُ لَا تَبْقَى بِدُونِ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَعْتَقَ يَدَهُ ، أَوْ عَضْوًا تَبْقَى حَيَاتُهُ بِدُونِهِ ^(١٣) ، لَمْ يُعْتَقْ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ إِزَالَةُ ذَلِكَ مَعَ بَقَائِهِ ، فَلَمْ يُعْتَقْ بِإِغْتَاظِهِ ، كَشَعْرِهِ ، أَوْ سِنِّهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَعْتَقَ عَضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ ، فَيُعْتَقُ جَمِيعُهُ ، كَرَأْسِهِ ، فَأَمَّا إِذَا أَعْتَقَ شَعْرَهُ ، أَوْ سِنِّهِ ، أَوْ ظَهْرَهُ ، لَمْ يُعْتَقِ . وَقَالَ قَتَادَةُ ، وَاللَّيْثُ ، فِي الرَّجُلِ يُعْتَقُ ظَهْرَ عَيْدِهِ : يُعْتَقُ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ أَشْبَهُ أَصْبَعِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَزُولُ ، وَيَخْرُجُ غَيْرُهَا ، فَأَشْبَهَتْ الشَّعْرَ ، وَالرِّيقَ ، وَقَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ ^(١٤) ، وَمَا ذَكَرَ فِي الطَّلَاقِ فَالْعِتَاقُ مِثْلُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٥١ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَأَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَهُ أَعْتَقَ حَقَّهُ مِنْهُ ، فَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى شَرِيكَهِ ، فَإِنْ كَانَا عَدْلَيْنِ ، كَانَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَصِيرَ خُرًا ، أَوْ يَخْلِفَ مَعَ أَحَدِهِمَا ، وَيَصِيرَ نَصْفَهُ خُرًا)

أَمَّا إِذَا كَانَ الشَّرِيكَانِ مُعْسِرَيْنِ ، فَلَيْسَ فِي دَعْوَى أَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ إِغْتِاقٌ نَصْبِيهِ اعْتِرَافٌ بِحُرِّيَّةِ نَصْبِيهِ ، وَلَا ادِّعَاءٌ لَا سِتِحْقَاقَ قِيَمَتِهِ ^(١) عَلَى الْمُعْتَقِ ؛ لِكُونِ عَتَقِ الْمُعْسِرِ يَقِفُ عَلَى نَصْبِيهِ ، وَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ فِي دَعْوَاهُ أَكْثَرُ مِنْ أَنَّهُ شَاهِدٌ عَلَى صَاحِبِهِ

(١٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٥٤ .

(١١) في الأصل : : التغلب .

(١٢) سقطت الواو من : ب .

(١٣) في الأصل ، ١ ، ب : : بدلها .

(١٤) تقدم في : ١٠ / ٥١٣ .

(١) في : : قيمتها .

باعتاق نصيبه ، فإن لم يكونا عذلين فلا أثر لكلاميهما في الحال ، ولا عبرة بقولهما ؛ لأن غير العذل لا تُقبل شهادته ، وإن كانا عذلين ، فشهادتهما مقبولة ؛ لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ، ولا يدفع به ضرراً ، وقد حصل للعبد^(١) بحرية كل نصف منه شاهد عذل ، فإن حلف معهما ، عتق كله ، وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً . على الرواية التي تقول :^(٢) إن العتق يحصل بشاهد يمين . وإن لم يحلف مع واحد منهما ، لم يعتق منه شيء ؛ لأن^(٣) العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين . بلا خلاف نعلمه . وإن كان أحدهما عذلاً دون الآخر ، فله أن يحلف مع شهادة العذل ، ويصير نصفه حراً ، ويتبقى نصفه الآخر رقيقاً .

فصل : ومن قال بالا ستسعاء ، فقد اعترف بأن نصيبه قد^(٤) خرج عن يده ، فيخرج العبد كله ، ويستسعى في قيمته ؛ لا عتراف^(٥) كل واحد منهما بذلك في نصيبه .

فصل : وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه ، عتق عليه ، ولم يسر إلى النصيب الذي كان له ؛ لأن عتقه حصل باعترافيه بحريته باعتاق شريكه ، ولا يثبت له عليه ولاء ؛ لأنه لا يدعى اعتاقه ، بل يعترب بأن المعتق غيره ، وإنما هو مخلص له بمن يسترقه^(٦) ظُلماً ، فهو كمخلص الأسير من أيدي الكفار . وقال أبو الخطاب : يسرى ؛ لأنه شراء حصل به الإعتاق^(٧) ، فأشبهه شراء بعض ولده . وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه ، ليسرق ما اشتراه ، لم يقبل منه ؛ لأنه رجوع عن الإقرار بالحرية ، فلم يقبل ، كما لو أقر بحرية عبده ، ثم أكذب نفسه . وهل يثبت له الولاء عليه إن أغتقه ؟ يَحْتَمِلُ أن لا يثبت ؛ لما ذكرنا . ويَحْتَمِلُ أن يثبت ؛ لأننا نعلم أن على العبد ولاء^(٨) ، ولا يدعيه أحد سواه ،

(٢) سقط من : ب .

(٣-٣) سقط من : ١ . نقل نظر .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في الأصل : باعتراف .

(٦) في الأصل : ١ : يشتره .

(٧) في الأصل : العتاق .

(٨) سقط من : الأصل .

ولا يُنْزَعُهُ فِيهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَإِنْ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، صَارَ الْعَبْدُ كُلُّهُ حُرًّا ، لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا . فَإِنْ أَعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا اشْتَرَاهُ ، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ فِي شَهَادَتِهِ ، فَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْوِلَاءُ عَلَى مَا ^(٩) أَعْتَقَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ أَقَرَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ ، وَصَدَّقَ / الْآخَرَ فِي شَهَادَتِهِ ، بَطَلَ الْبَيْعَانِ ، ^(١٠) وَيَثْبُتُ ^(١١) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْوِلَاءُ عَلَى نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يُنْزَعُهُ فِيهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُصَدِّقُ الْآخَرَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوِلَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ الْوِلَاءُ لهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يُكْذَبْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا نَفْسُهُ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ الْوِلَاءَ عَلَيْهِ ثَابِتٌ لهُمَا ، وَلَا يَحْرُجُ عَنْهُمَا ، وَأَنَّهُ بَيْنَهُمَا ؛ إِمَّا بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَإِمَّا بِالثَّانِي ؛ لِأَنَّهُمَا إِنْ كَانَا صَادِقَيْنِ فِي شَهَادَتَيْهِمَا ، فَقَدْ ثَبَتَ الْوِلَاءُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى النِّصْفِ الَّذِي أَعْتَقَهُ أَوَّلًا ، وَإِنْ كَانَا كَاذِبَيْنِ ، فَقَدْ أَعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصْفَهُ بَعْدَ أَنْ اشْتَرَاهُ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَادِقًا ، وَالْآخَرُ كَاذِبًا ، فَلَا وِلَاءَ لِلصَّادِقِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَقِّقِ النِّصْفَ الَّذِي كَانَ لَهُ أَوَّلًا ، وَلَا صَحَّ ^(١٢) عَقْدُهُ فِي الَّذِي اشْتَرَاهُ ، لِأَنَّهُ كَانَ حُرًّا قَبْلَ شِرَائِهِ ، وَالْوِلَاءُ كُلُّهُ لِلْكَاذِبِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ النِّصْفَ الَّذِي كَانَ لَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَى النِّصْفَ الَّذِي لِشَرِيكَه فَأَعْتَقَهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَاوِي صَاحِبَهُ فِي الْإِحْتِمَالِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا .

فصل : وَكُلُّ مَنْ شَهِدَ عَلَى سَيِّدِ عَبْدٍ بِعَقْدِ عَبْدِهِ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِ . وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ، فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُمَا ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، عَتَقَ . وَهَذَا قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُثَنَّبِ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَلَا يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي وِلَاءٌ عَلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ ، وَلَا لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْكَرُ عَقْدَهُ . وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَأَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَه أَعْتَقَ حَقَّهُ مِنْهُ ، وَكَانَا مُوَسِّرَيْنِ ، فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا ، أَوْ كَانَا مُعْصِرَيْنِ عَبْدَيْنِ ، فَحَلَفَ الْعَبْدُ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١٣) ، وَعَتَقَ ، أَوْ شَهِدَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَدْلَ آخَرٍ ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ ، أَوْ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ ،

(٩) ق م : ١٠ من ٩ .

(١٠) ق م : ١١ وثبت ٩ .

(١١) ق م : ١٢ بصر ٩ .

(١٢) سقط من : ١٠ ب ، م .

فَأُنْكَرَ^(١٣) ، وَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِعَتَقِهِ ، عَتَقَ ، وَلَا وِلَاءَ عَلَى الْعَبْدِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدْعِيهِ ، وَلَا يُثْبِتُ لِأَحَدٍ حَقَّ يَنْكِرُهُ . فَإِنْ عَادَ مَنْ يَثْبِتُ^(١٤) إِعْتَاقَهُ ، فَاعْتَرَفَ بِهِ ، ثَبَّتَ لَهُ الْوِلَاءَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُسْتَحِقَّ لَهُ سِوَاهُ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَثْبِتْ لَهُ لِإِنْكَارِهِ لَهُ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ ، زَالَ الْإِنْكَارُ / وَثَبَّتَ لَهُ . وَأَمَّا الْمُوسِرَانِ إِذَا أُعْتِقَ عَلَيْهِمَا ، فَإِنْ صَدَّقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فِي أَنَّهُ أُعْتِقَ نَصِيبَهُ وَحْدَهُ ، أَوْ أَنَّهُ سَبَقَ بِالْعِتْقِ ، فَالْوِلَاءُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ نَصِيبِ الْآخَرِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُعْتِقَ نَصِيبَهُ دُفْعَةً وَاحِدَةً ، فَالْوِلَاءُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ الْمُعْتَقُ وَحْدَهُ ، أَوْ أَنَّهُ السَّابِقُ بِالْعِتْقِ ، تَحَالَفَا ، وَكَانَ الْوِلَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ .

١٩٥٢ - مسألة : قَالَ : (وَإِنْ كَانَ الشَّرِيكَانِ مُوسِرَيْنِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُرِّيَّتِهِ ، وَصَارَ مُدْعِيًا عَلَى شَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَيَمِينَ^(١٥) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشَرِيكِهِ^(١٦))

وَجُمْلَتُهُ^(١٧) أَنَّ الشَّرِيكََيْنِ الْمُوسِرَيْنِ ، إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ شَرِيكَهُ أُعْتِقَ نَصِيبَهُ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعْتَرَفٌ بِحُرِّيَّةِ نَصِيبِهِ ، شَاهِدٌ عَلَى شَرِيكِهِ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ لِشَرِيكِهِ : أُعْتَقْتُ نَصِيبَكَ ، فَسَرَى الْعِتْقُ إِلَى نَصِيبِي ، فَعَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْكَ ، وَلِزِمَكَ لِي قِيَمَةُ نَصِيبِي . فَصَارَ الْعَبْدُ حُرًّا ؛ لَا غَيْرَافِهِمَا^(١٨) بِحُرِّيَّتِهِ ، وَيَبْقَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(١٩) يَدْعِي قِيَمَةَ حِصَّتِهِ عَلَى شَرِيكِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ^(٢٠) لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، وَبَرَى^(٢١) ، فَإِنْ تَكَلَّلَ أَحَدُهُمَا ، قُضِيَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ تَكَلَّلَا جَمِيعًا ، تَسَاقَطَ حَقَّاهُمَا ؛ لِتِمَاطُلِهِمَا . وَلَا فَرْقَ فِي هَذِهِ الْحَالِ بَيْنَ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : فَأُنْكَرَ .

(١٤) فِي ١ ، ب ، م : ثَبَّتَ .

(١٥) فِي ب ، م : فَيَمِينَ .

(١٦) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(١٧) فِي م : وَجُمْلَةُ ذَلِكَ .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : بِاعْتِرَافِهِمَا .

(١٩) فِي م : كَانَ .

(٢٠) فِي ١ ، ب ، م : وَبَرَى .

العَدْلَيْنِ والفَاسِقَيْنِ ، والمُسْلِمَيْنِ والكَافِرَيْنِ ؛ لِتَسَاوِي الْعَدْلِ وَالْفَاسِقِ ، وَالْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ ، فِي الْاِعْتِرَافِ وَالْدَّعْوَى ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مُوسِرًا ، وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُعْسِرِ وَحْدَهُ ؛ لِإِعْتِرَافِهِ^(٧) بِأَنْ نَصِيبَهُ^(٨) قَدْ صَارَ حُرًّا بِاعْتِقِ شَرِيكِهِ الْمُسِيرِ الَّذِي يَسْرَى عِتْقَهُ ، وَلَمْ يَعْتِقْ نَصِيبُ الْمُسِيرِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي أَنَّ الْمُعْسِرَ الَّذِي لَا يَسْرَى عِتْقَهُ ، أَعْتَقَ نَصِيبَهُ خَاصَّةً ، فَعَتَقَ وَحْدَهُ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُعْسِرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرُ بِشَهَادَتِهِ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، لِيَكُونَهُ يُوجِبُ عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهِ . / فَعَلَى هَذَا ، إِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ سِوَاهُ ، ١٧٢/١١ ط
حَلَفَ الْمُسِيرُ ، وَبَرَى مِنَ الْقِيَمَةِ وَالْعِتْقِ جَمِيعًا ، وَلَا وِلَاءَ لِلْمُعْسِرِ فِي نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَلَا لِلْمُسِيرِ ؛ لِذَلِكَ أَيْضًا . فَإِنْ عَادَ الْمُعْسِرُ ، فَأَعْتَقَهُ ، وَادَّعَاهُ ، ثَبَّتَ لَهُ . وَإِنْ أَقْرَ الْمُسِيرُ بِاعْتِقِ نَصِيبِهِ ، وَصَدَّقَ الْمُعْسِرُ ، عَتَقَ نَصِيبَهُ أَيْضًا ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ نَصِيبِ الْمُعْسِرِ ، وَثَبَّتَ^(٩) لَهُ الْوِلَاءُ . وَإِنْ كَانَ لِلْعَبْدِ بَيِّنَةٌ أَجْنَبِيَّةٌ تَشْهَدُ بِاعْتِقِ الْمُسِيرِ ، وَكَانَتْ عَدْلَتَيْنِ ، ثَبَّتَ الْعِتْقَ ، وَوَجَبَتِ الْقِيَمَةُ لِلْمُعْسِرِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ رَجُلًا وَاحِدًا ، حَلَفَ الْعَبْدُ مَعَهُ ، وَثَبَّتَ^(١٠) الْعِتْقَ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَثْبُتُ الْعِتْقُ ، وَلِلْمُعْسِرِ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ ، وَيَسْتَحِقَّ قِيَمَةَ نَصِيبِهِ ، سِوَاءَ حَلَفَ الْعَبْدُ ، أَوْ لَمْ يَحْلِفْ ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَدَّعِيهِ مَالٌ ، يُقْبَلُ^(١١) فِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهُ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، وَكَانَ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ مُوسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُدَّعِي وَحْدَهُ ؛ لِإِعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ بِسِرَائِهِ^(١٢) عِتْقِ شَرِيكِهِ ، وَصَارَ مُدَّعِيًا نِصْفَ الْقِيَمَةِ عَلَى شَرِيكِهِ ، وَلَا يَسْرَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَرَّفُ أَنَّهُ الْمُعْتَقُ لَهُ ، وَإِنَّمَا عَتَقَ بِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، لَا بِاعْتِقِ لِهِ ، وَلَا وِلَاءَ لَهُ عَلَيْهِ ؛ لِإِنْكَارِهِ لَهُ . قَالَ

(٧) فِي الْأَصْلِ : بِاعْتِرَافِهِ .

(٨-٨) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(٩) لَ : أَوْ وَثَبَتْ .

(١٠) فِي : أَوْ وَثَبَتْ .

(١١) فِي : أَوْ قَبِلَ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : لِسِرَايَةِ .

القاضي : وولاه موقوف . وإن كان المدعى عدلاً ، لم تقبل شهادته ؛ لأنه يدعى نصف قيمته على شريكه ، فيجبر بشهادته إليه ^(١٣) نفعاً ، ومن شهد بشهادة يجبر إليه بها نفعاً ، بطلت شهادته كلها . وأما إن كان المدعى عليه مغيراً ، فالقول قوله مع يمينه ، ولا يعتق منه شيء . وإن كان المدعى عدلاً ، حلف العبد مع شهادته ، وصار نصفه حرّاً . وقال أبو حنيفة : إن كان المشهود عليه موسيراً ، سعى له ، وإن كان مغيراً ، سعى لهما . وقال أبو حنيفة : إن كان مغيراً ، سعى العبد ، وولاه بينهما ، وإن كان موسيراً ، فولاه نصفه موقوف ، فإن اعترف أنه أعتق ، استحق الولاء ، وإلا كان الولاء لبيت المال .

فصل : / إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غراباً ، فنصيبى حرّاً . وقال الآخر : إن لم يكن غراباً ، فنصيبى حرّاً . وطار ، ولم يعلموا حاله ، فإن كانا موسيرين ، عتق العبد كله ، وإن كان أحدهما موسيراً ، والآخر مغيراً ، عتق نصيب المغير وحده ؛ لما ذكرنا ، وإن كانا مغيرين ، لم يعتق نصيب واحد منهما ؛ لأنه لم يتعين الحث فيه . فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر ، عتق نصفه ؛ لأننا علمنا حرية نصفه ، ولم يسر إلى النصف الآخر . وإن اشترى العبد ^(١٤) أجنبى ، عتق نصفه ؛ لأن نصفه حرّ يميناً ، فلم يملك جميعه .

١٩٥٣ - مسألة : قال : (وَإِذَا مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ ، وَعَبْدَيْنِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا ، وَهُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِي الْقِيَمَةِ ، فَقَالَ أَحَدُ ابْنَيْنِ : أَبِي أَعْتَقَ هَذَا . وَقَالَ الْآخَرُ : أَبِي أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، لَا أَذِي مَنْ مِنْهُمَا . أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ؛ فَإِنْ وَقَعَتِ الْقِرْعَةُ عَلَى الَّذِي اعْتَرَفَ الْإِبْنُ بِعَتْفِهِ ، عَتَقَ ثُلَاثًا إِنْ لَمْ يُجْزِ الْإِبْنَانِ عَتْفَهُ كَامِلًا ، وَكَانَ الْآخَرُ عَبْدًا ، وَإِنْ وَقَعَتِ الْقِرْعَةُ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ مِنْهُ ثُلَاثًا ، وَكَانَ لِمَنْ قَرَعَ ^(١٥) بِقَوْلِهِ فِيهِ سُدُسُهُ ، وَنِصْفُ الْعَبْدِ الْآخَرِ ، وَلِأَخِيهِ نِصْفُهُ ، وَسُدُسُ الْعَبْدِ الَّذِي اعْتَرَفَ أَنْ أَبَاهُ أَعْتَقَهُ ، فَصَارَ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدَيْنِ حُرًّا)

هذه المسألة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت ، ^(١٦) أو بالوصية ^(١٧) ؛ لأنه لو

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في الزيادة : جميعه .

(١٥) في : أ ، ب ، م : قرعاً .

(٢-٢) في : الوصية .

أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، لَعَنَ كُلَّهُ ، وَلَمْ يَغْفِ عَلَى إِجَارَةِ الزَّوْثَةِ . فَأَمَّا إِذَا اعْتَرَفَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا فِي مَرَضِهِ ، فَلَا يَحُلُو مِنْ أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ ؛ إِمَّا أَنْ يُعَيِّنَا الْعَتَقَ فِي أَحَدِهِمَا ، فَيُعْتَقَ مِنْهُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ثَلَاثُ جَمِيعِ مَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَا عَتَقَ جَمِيعِهِ ، فَيُعْتَقَ . الثَّانِي ، أَنْ يُعَيِّنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْعَتَقَ فِي وَاحِدٍ غَيْرِ الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، فَيُعْتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٣) ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّهُ نِصْفُ الْعَبْدَيْنِ ، فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي عَتَقِ حَقِّهِ مِنَ الَّذِي عَيْنَهُ ، وَهُوَ ثَلَاثُ النِّصْفِ الَّذِي لَهُ ، وَذَلِكَ هُوَ الثَّلَاثُ . وَلِأَنَّهُ يَعْتَرَفُ بِحُرِّيَةِ ثَلَاثِهِ ، فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّهِ مِنْهُمَا ، وَهُوَ الثَّلَاثُ ، وَيَبْقَى الرُّقُ فِي ثَلَاثِهِ ، / فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، وَنِصْفُ الْعَبْدِ الَّذِي يَنْكُرُ عَتَقَهُ . وَالحَالُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا : أَلَى أَعْتَقَ هَذَا . وَيَقُولُ الْآخَرُ : أَلَى أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، لَا أَذْرِي مَنْ مِنْهُمَا . وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ . فَتَقُومُ الْقَرْعَةُ مَقَامَ تَعْيِينِ الَّذِي لَمْ يُعَيَّنْ ؛ فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثًا ، كَمَا لَوْ عَيْنَاهُ بِقَوْلِهِمَا ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، كَانَ ^(٤) كَمَا لَوْ عَيَّنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدًا ، يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سُدُسُ الْعَبْدِ الَّذِي عَيْنَهُ ، وَنِصْفُ الْعَبْدِ الَّذِي يَنْكُرُ عَتَقَهُ ، وَيَصِيرُ ثَلَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدَيْنِ حُرًّا . الْحَالُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَقُولَا : أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا ، وَلَا نَذْرِي مَنْ مِنْهُمَا . فَإِنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقَرْعَةُ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثًا ، إِنْ لَمْ يُجِيزَا عَتَقَ جَمِيعِهِ ، وَكَانَ الْآخَرُ رَقِيقًا .

فصل : فَإِنْ رَجَعَ الْإِنْسَانُ الَّذِي جَهِلَ عَيْنَ الْمُعْتَقِ ^(٥) ، فَقَالَ : قَدْ عَرَفْتُهُ . قَبْلَ الْقَرْعَةِ ، فَهُوَ ^(٦) كَمَا لَوْ عَيْنَهُ أَيْدَاءً مِنْ غَيْرِ جَهِلٍ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَرْعَةِ ، فَوَافَقَهَا تَعْيِينُهُ ، لَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ ، وَإِنْ خَالَفَهَا ، عَتَقَ مِنَ الَّذِي عَيْنَهُ ثَلَاثُهُ بِتَعْيِينِهِ ، فَإِنْ عَيَّنَ الَّذِي عَيْنَهُ أَخُوهُ ، عَتَقَ ثَلَاثًا ، وَإِنْ عَيَّنَ الْآخَرَ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثًا . وَهَلْ يَطْلُ الْعَتَقُ فِي الَّذِي عَتَقَ بِالْقَرْعَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

١٩٥٤ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِذَا ^(١) كَانَ لِلرَّجُلِ نِصْفُ عَبْدٍ ، وَلِآخَرِ ثَلَاثُهُ ، وَلِآخَرِ سُدُسُهُ ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ النِّصْفِ ، وَصَاحِبُ السُّدُسِ مَعًا ، وَهُمَا مُوسِرَانِ ، عَتَقَ

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : ع : العتق .

(٦) في : أ : وإن .

عَلَيْهِمَا ، وَضَمَمَا حَقَّ شَرِكَيْهِمَا فِيهِ نَصَفَيْنِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَانَا ؛ لِصَاحِبِ
النِّصْفِ ثَلَاثًا ، وَلِصَاحِبِ السُّدُسِ ثَلَاثُهُ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ ، فَأَعْتَقَ اثْنَانِ مِنْهُمْ أَوْ أَكْثَرَ ، وَهُمْ
مُوسِرُونَ ، سَرَى عَقْتُهُمْ إِلَى بَاقِي الْعَبْدِ ، وَيَكُونُ الضَّمَانُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ،
يَتَسَاوُونَ فِي ضَمَانِهِ وَوَلَايِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَسَمَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ
أَمْلاكِهِمْ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ حَصَلَتْ بِإِعْثَاقِ
مِلْكَيْهِمَا^(١) ، وَمَا وَجَبَ بِسَبَبِ الْمِلْكِ / كَانَ عَلَى قَدَرِهِ ، كَالثَّقَةِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ .
وَلَنَا ، أَنَّ عَقْتَ النِّصْفِ إِثْلَانِ لِرَقِّ الْبَاقِي ، وَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ ، فَيَتَسَاوَيَانِ فِي الضَّمَانِ ، كَالْوَلِ
جَرَحَ أَحَدُهُمَا جُرْحًا ، وَالْآخَرُ جُرْحَيْنِ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا ، أَوْ أَلْقَى أَحَدُهُمَا جُزْءًا مِنْ
الْجَنَاسَةِ فِي مَائِجٍ ، وَأَلْقَى الْآخَرُ جُزْءَيْنِ . وَيُقَارِقُ الشُّفْعَةَ ، فَإِنَّهَا تَبَيَّنَتْ لِإِزَالَةِ الضَّرْرِ عَنْ
نَصِيبِ الذِي لَمْ يَبْعَ ، فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى قَدْرِ نَصِيبِهِ ، وَلِأَنَّ الضَّمَانَ هَهُنَا لِدَفْعِ^(٢)
الضَّرْرِ مِنْهُمَا ، وَفِي الشُّفْعَةِ لِدَفْعِ الضَّرْرِ عَنْهُمَا ، وَالضَّرْرُ مِنْهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي إِذْخَالِهِ عَلَى
الشَّرِيكِ ، وَفِي الشُّفْعَةِ ضَرَرُ صَاحِبِ النِّصْفِ أَعْظَمُ مِنْ ضَرَرِ صَاحِبِ السُّدُسِ فَاخْتَلَفَا .
وَإِذَا تَبَيَّنَ هَذَا ، كَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَانَا ؛ لِأَنَّا إِذَا أَحْكَمْنَا بِأَنَّ الثَّلْثَ مُعْتَقٌ عَلَيْهِمَا نَصَفَيْنِ ،
فَنِصْفُ الثَّلْثِ سُدُسٌ ، إِذَا ضَمَمْتَاهُ إِلَى النِّصْفِ الذِي لَأَحَدِهِمَا^(٣) ، صَارَ ثَلَاثَيْنِ ، وَإِذَا
ضَمَمْنَا السُّدُسَ الْآخَرَ إِلَى سُدُسِ الْمُعْتَقِ^(٤) ، صَارَ ثَلَاثًا . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَصِيرُ الْوَلَاءُ
بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا ؛ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ، وَلِصَاحِبِ السُّدُسِ رُبْعَهُ ، وَالضَّمَانُ
بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : فَأَعْتَقَاهُ مَعًا . فَلِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الْحُكْمِ الذِي ذَكَرْنَاهُ اجْتِمَاعَهُمَا
فِي الْعَقْتِ ، بِحَيْثُ لَا يَسْبِقُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، بَأَن يَتْلَفَظَا بِهِ مَعًا ، أَوْ يُوكَّلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ
فَيُعْتَقَهُمَا مَعًا ، أَوْ يُوكَّلَا وَكِيلًا فَيُعْتَقَهُمَا ، أَوْ يُعْلَقَا عُنُقَهُ عَلَى شَرَطٍ فَيُوجَدَ . فَإِنْ سَبَقَ
أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، عَقَّتْ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِكَيْهِ جَمِيعًا ، وَكَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَالْوَلَاءُ لَهُ

(٢) فِي ١ : د : مَلِكُهُمَا .

(٣) فِي الْأَصْلِ : د : كَدَفَعُ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : د : لِأَحَدِهِمَا .

(٥) فِي الْأَصْلِ : د : الْعَقْتُ .

كله . وقوله : وهما مؤسيران . شرط آخر ؛ فإن سريّة العتق يشترط لها اليسار ، فإن كان ^(٦) أخذها مؤسيرا وأخذها ، قوم عليه جميع نصيب من لم يعتيق ؛ لأنّ المُعسر لا يسرى عتقه ، فيكون الضمان على المؤسّر خاصة ، فإن كان أخذها يحد بعض ما يخصه ، قوم عليه ذلك القدر ، وباقيه على الآخر ، مثل أن يحد صاحب السدس قيمة نصف السدس ، فيقوم عليه ، ويقوم الربع على / صاحب النصف ، ^(٧) ويصير ولأوليه بينهما أربعة ؛ ١١/١٧٤ ط
لصاحب السدس ربعه ، وباقيه لمعتق النصف ؛ لأنه لو كان أخذها مُعسرا ، قوم الجميع على الآخر ، فإذا كان مؤسيرا بعبضه ، قوم الباقي على صاحب النصف ^(٨) ؛ لأنه مؤسّر .

١٩٥٥ - مسألة : قال : (وإذا كانت الأمة بين شريكين ، فأصابها أخذهما وأحبّلها ^(٩) ، أدب ، ولم يبلغ به الحد ، وضمن نصف قيمتها لشريكه ، وصارت أم ولد له ، وولده حر . وإن كان مُعسرا ، كان في ذمته نصف مهر مثلها ^(١٠) ، وإن لم تخبل منه ، فعليه نصف مهر مثلها ، وهي على ملكهما ^(١١))

لا تعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة ؛ لأنّ الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ، ولم يجعله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ يُقْرَوْنَ لَهُمْ حَفِظُونَ ۖ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۚ فَمَنْ اتَّبَعِي وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ۖ ﴾ ^(١٢) . وأكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حدًا ؛ لأنّ له فيها ملكا ، فكان ذلك شبهةً دائمةً للحد . وأوجب أبو ثور ؛ لأنه وطء مُحَرَّم ؛ لأجل كونه في ملك غيره ، فأشبهه ما لو لم يكن له فيها ملك . ولنا ، أنه وطء صادف ملكه ، فلم يوجب به حد ، كوطء زوجته الحائض ، ويُفارق ما لا يملك له فيها ؛ فإنه لا شبهة له فيها ، ولهذا لو سرق عتاله نصفها لم يُقطع ، ولو لم يكن له فيها ملك قطع ، ولا

(٦) سقط من : الأصل .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١) في الأصل : أو أحبّلها .

(٢-٢) في الأصل : ذمته .

(٣) في ١ ، ب ، م : ملكهما .

(٤) سورة المؤمنون ٥-٧ .

خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُعْزَرُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي حُجَّةِ إِلَى ثَوْرِ . ثُمَّ لَا يَحِلُّوْنَ مِنْ حَالَتَيْنِ ؛ إِمَّا أَنْ لَا تَحْمِلَ مِنْهُ ، فَهِيَ بَاقِيَّةٌ عَلَى مِلْكَيْهِمَا ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرٍ يَحِلُّهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطَّءٌ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِلشَّهِيَّةِ ، فَأَوْجَبَ مَهْرَ الْبَيْتِلِ ، كَمَا لَوْ وَطَّئَهَا يَطْنُهَا امْرَأَتُهُ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ مُطَاوَعَةً أَوْ مُكْرَهَةً ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ وَطَّءَ جَارِيَةٍ غَيْرِهِ يُوجِبُ الْمَهْرَ وَإِنْ طَاوَعَتْ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ لِسَيِّدِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ بِمُطَاوَعَتِهَا ، كَمَا لَوْ أُدْبِتْ فِي قَطْعِ غُضْبٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، وَيَكُونُ الْوَاجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ بِقَدْرِ مِلْكِ الشَّرِيكِ فِيهَا . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنَّ يَحْمِلَهَا ، وَيَضَعُ مَا يَتَّبِعُ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، فَإِنَّهَا تُصِيرُ بِذَلِكَ أُمًّا وَلَدًا لِلوَاطِئِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ خَالِصَةً لَهُ ، وَتَخْرُجُ بِذَلِكَ مِنَ مِلْكِ الشَّرِيكِ ، / كَمَا تَخْرُجُ بِالْإِغْتَاقِ ؛ وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّ الْإِبْلَادَ ^(٥) أَقْوَى مِنَ الْإِغْتَاقِ ، وَيَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَ نِصْفَهَا مِنْ مِلْكِ الشَّرِيكِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهُ ، ^(٦) كَمَا لَوْ أَخْرَجَهُ بِالْإِغْتَاقِ أَوْ الْإِثْلَافِ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَدَّاهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ ^(٧) ، كَمَا لَوْ أَثْلَفَهَا ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ يَلْحَقُ نَسَبُهُ بِوَالِدِهِ ^(٨) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ فِي مَحَلٍّ لَهُ فِيهِ مِلْكٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : الصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا ^(٩) يَقُومُ عَلَيْهِ تَصْيِبُ شَرِيكِه إِذَا كَانَ مُعْسِرًا ، بَلْ يُصِيرُ نِصْفَهَا أُمًّا وَلَدًا ، وَنِصْفَهَا قَتْلًا بَاقِيًا فِي مِلْكِ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّ الْإِحْبَالَ كَالْعِتْقِ ، وَيَجْرِي مَجْرَاهُ فِي التَّقْوِيمِ وَالسَّرَايَةِ ، فَاعْتَبِرْ فِي سِرَائِهِ الْيَسَارَ ، كَالْعِتْقِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ أَيْضًا ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا وَلَدَتْ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ كُلُّهُ حُرًّا ؛ لَا مَسْتَحَالَةً انْعِقَادَ الْوَلَدِ مِنْ حُرٍّ وَعَبْدٍ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ حُرًّا وَنِصْفُهُ رَقِيقًا كَأُمِّهِ ^(١٠) ؛ لِأَنَّ نِصْفَ أُمِّهِ أُمُّهُ وَلَدًا ، وَنِصْفَهَا قِنْ لَغَيْرِ الْوَاطِئِ ، فَكَانَ نِصْفُ الْوَلَدِ حُرًّا وَنِصْفُهُ رَقِيقًا ، كَوَلَدِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهَا ، وَهَذَا يَتَّبِعُ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَحِلَّ انْعِقَادَ الْوَلَدِ مِنْ حُرٍّ وَقِنْ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ بَعْضَهَا أُمُّ وَلَدٍ ، فَكَانَ جَمِيعُهَا أُمُّ وَلَدٍ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا ، وَيُفَارِقُ الْإِغْتَاقَ ، فَإِنَّ الْاسْتِبْلَادَ أَقْوَى ، وَلِهَذَا يَنْتَفِذُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ مِنَ الْمَرِيضِيِّ ، وَمِنَ الصَّبِيِّ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالْإِغْتَاقَ بِخِلَافِهِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : دَ الْإِبْلَاجِ .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٧) ق ب ، م : دَ الْوَالِدَةِ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل: قال أبو الخطاب: وهل تُلزَمُه قِيمَةُ الْوَلَدِ^(١) وَمَهْرُ الْأُمَةِ^(٢)؟ عَلَى رَجَهَيْنِ؛ أَحَدُهُمَا، لَا يُلْزَمُهُ ذَلِكَ. وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهَا، لِأَنَّ الْأُمَّةَ صَارَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ^(٣)، فَلَمْ يُلْزَمْهُ مَهْرُ مَمْلُوكِيَّتِهِ، وَلَا قِيمَةُ وَلَدِهَا؛ وَلِأَنَّ الْوَلَدَ جُعِلَ حُرًّا، فَلَمْ يَقُومْ عَلَيْهِ وَلَدُهُ الْحُرُّ. وَالْوَجْهُ الثَّانِي، يُلْزَمُهُ لِشَرِيكِهِ نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا، وَنِصْفُ قِيمَةِ وَلَدِهَا؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ صَادَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا انْتَقَلَتْ بِالْوَطْءِ الْمُوْجِبِ لِلْمَهْرِ، فَيَكُونُ الْوَطْءُ^(٤) سَبَبَ الْمِلْكِ^(٥)، وَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ إِلَّا بَعْدَ تِمَامِ سَبَبِهِ، فَيُلْزَمُ حِينَئِذٍ تَقَدُّمُ الْوَطْءِ عَلَى مِلْكِهِ، فَيَكُونُ فِي / مِلْكٍ غَيْرِهِ، فَيُوجِبُ مَهْرَ الْمَثَلِ، وَفِعْلُهُ ذَلِكَ مَنَعَ الْخِلَاقَ الْوَلَدَ^(٦) عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ، كَوَلَدِ الْمَعْرُورِ. وَقَالَ الْقَاضِي: إِنْ وَضَعَتِ الْوَلَدَ بَعْدَ التَّفْوِيمِ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْوَاطِئِ؛ لِأَنَّهَا وَضَعَتْهُ فِي مِلْكِهِ، وَوَقَّتْ^(٧) الْوُجُوبَ حَالَةَ الْوَضْعِ، وَلَا حَقَّ لِلشَّرِيكِ فِيهَا وَلَا فِي وَلَدِهَا، وَإِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ التَّفْوِيمِ، فَهَلْ تُلْزَمُهُ قِيمَةُ نِصْفِهِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، ذَكَرْهُمَا أَبُو بَكْرِ، وَاخْتَارَ أَنَّهُ تُلْزَمُهُ قِيمَتُهُ.

فصل: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ^(٨) فِي الْأُمَّةِ مِلْكٌ كَثِيرٌ أَوْ يَسِيرٌ، وَقَدْ ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ، فِيمَا إِذَا وَاطِئَ جَارِيَةً مِنَ الْمُغْتَنِمِ، أَنَّهَا تَصِيرُ أُمًّا وَلَدٍ إِذَا أَحْبَلَهَا، وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا لَهُ فِيهَا سَهْمٌ يَسِيرٌ مِنْ أَكْثَرِ^(٩) مِنْ أَلْفِ سَهْمٍ.

١٩٥٦ - مسألة: قال: (وَإِذَا^(١٠) مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بَغِيرُ^(١١) الْإِمْرَاثِ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ، وَكَانَ لِشَرِيكِهِ عَلَيْهِ قِيمَةُ حَقِّهِ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا، لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ إِلَّا مِقْدَارَ مَا مَلَكَ، وَإِذَا^(١٢) مَلَكَ بَعْضَهُ بِالْإِمْرَاثِ، لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إِلَّا

(١٠-١١) سقط من: الأصل، أ، ب.

(١١) سقط من: ب.

(١٢-١٣) في أ: سبب الملك.

(١٣) سقطت الواو من: الأصل، ب، م.

(١٤) في م: كثير.

(١٥) في م: وإن.

(١٦) في الأصل: من غير.

مِقْدَارُ^(٣) مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا)

قد ذَكَرْنَا فيما تَقَدَّمَ^(٤) أَنَّ مَنْ مَلَكَ ذَارِجِمَ مَحْرَمٌ ، فَهُوَ حُرٌّ ؛ لِمَا رَوَى سَمُرَةُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ مَلَكَ ذَارِجِمَ مَحْرَمٌ ، فَهُوَ حُرٌّ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٥) . وَرَوَى ضَمْرَةُ ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَارِجِمَ مَحْرَمٌ ، فَهُوَ حُرٌّ »^(٦) . وَسُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ ضَمْرَةَ ، فَقَالَ : ثِقَةٌ ، إِلَّا أَنَّهُ رَوَى حَدِيثَيْنِ لَيْسَ^(٧) لَهُمَا أَصْلٌ ، أَحَدُهُمَا ، هَذَا الْحَدِيثُ . وَرَوَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، عَنْ الْأَسْوَدِ ، عَنْ عَمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ : مَنْ مَلَكَ ذَارِجِمَ مَحْرَمٌ ، فَهُوَ حُرٌّ^(٨) . وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذَا وَمَا فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ فيما تَقَدَّمَ^(٩) . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَ سَهْمًا يَمْنُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يَمْلِكَ سَهْمًا مِنْ وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ مَا مَلَكَ مِنْهُ ، سَوَاءً مَلَكَه^(١٠) بَعُوضٌ ، أَوْ بَغِيرٌ عَوْضٌ ، كَالْهَبَةِ وَالْأَغْنَامِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَسَوَاءً مَلَكَه بِاخْتِيَارِهِ ،^(١١) كَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ^(١٢) ، أَوْ بَغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، كَالْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا يَعْتِقُ بِهِ الْكُلَّ يَعْتِقُ بِهِ الْبَعْضُ ، / كَالْإِغْتِقِ بِالْقَوْلِ ، ثُمَّ يَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسِرِ الْعَتَقُ ، وَاسْتَقَرَّ فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ ، وَرَقَّ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ يَقُولُهُ ، لَمْ يَسِرِ إِعْتَاقُهُ مَعَ تَصْرِيحِهِ بِالْعَتَقِ وَقَصْدِهِ إِيَّاهُ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَكَانَ الْمِلْكُ بِاخْتِيَارِهِ ، كَالْمِلْكِ بِغَيْرِ الْمِيرَاثِ ، سَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، فَعَتَقَ^(١٣) جَمِيعَ الْعَبِيدِ ، وَلَزِمَهُ لِشَرِيكِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّمَهُ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ . وَقَالَ قَوْمٌ : لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ ، سَوَاءً مَلَكَه بِشِرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَمْ يَعْتَقَهُ ، وَإِنَّمَا عَتَقَ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ عَنْ^(١٤) غَيْرِ اخْتِيَارِهِ مِنْهُ ، فَلَمْ

١٧٦/١١

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) تقدم في : ٣٩٨/٨ .

(٥) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٩/٨ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من ملك ذارجم محرم فهو حر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .

(٧) سقط من : ب .

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب من ملك ذارجم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١/٢ .

(٩) في م زيادة : منه .

(١٠-١١) سقط من : الأصل .

(١١) في ١ : يعتق .

(١٢) في م : من .

يَسِرْ ، كَالو مَلَكُهُ بِالْمِيرَاثِ ، وَفَارَقَ مَا أُعْتَقَهُ ، لِأَنَّهُ ^(١٣) فَعَلَهُ بِاخْتِيَارِهِ ، قَاصِدًا إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فَعَلَ سَبَبَ الْعِتْقِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَقَصْدًا إِلَيْهِ ، فَسَرَى ، وَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالو وَكُلُّ مَنْ أُعْتِقَ نَصِيبَهُ ، وَفَارَقَ الْمِيرَاثَ ، فَإِنَّهُ حَصَلَ مِنْ غَيْرِ قَصْدِهِ ، وَلَا فِعْلِهِ ، وَلَآنَ مَنْ بَاشَرَ سَبَبَ السَّرَايَةِ اخْتِيَارًا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا ، فَسَرَى جُرْحُهُ ، وَلَآنَ مُبَاشَرَةً ^(١٤) مَا ^(١٥) يَسَرَى ، وَنَصِيبُهُ إِلَيْهِ فِي لُزُومِ حُكْمِ السَّرَايَةِ وَاحِدٌ ، بِدَلِيلِ اسْتِثْنَاءِ الْخَافِرِ وَالذَّافِعِ فِي ضَمَانِ الْوَأَقِيعِ . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ ، لَمْ يَسِرِ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَاسْتَقَرَّ فِيهَا مَلَكُهُ ، وَرَقَّ الْبَاقِي ، سَوَاءً كَانَ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَسَبَّبْ إِلَى إِعْتَاقِهِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ . وَهَذَا قَالِ الْمَالِكُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسُفَ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَذَلُّ عَلَى أَنَّهُ يَسَرَّى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، إِذَا كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ ^(١٦) عَلَيْهِ بَعْضُهُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَالو أَوْصَى ^(١٧) لَهُ بِهِ فَقَبِلَهُ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعْتَقَ ، وَلَا تَسَبَّبَ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، وَلَمْ يَسِرْ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَفَارَقَ مَا تَسَبَّبَ إِلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ وَرَثَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ جُزْءًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِمَا ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَسِرْ إِلَى بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسِرْ فِي حَقِّ الْمُكَلِّفِ ، فَفِي حَقِّهِمَا أَوَّلَى . وَإِنْ وَهَبَ لهما ، أَوْ وَصَّى لهما بِهِ ، وَهُمَا مُعْسِرَانِ ، فَعَلَى وَلِيِّهِمَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَفَعَ لهما ، بِإِعْتَاقِ قَرَيْبِهِمَا ، مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ^(١٨) يَلْحَقُ بِهِمَا . وَإِنْ كَانَ مُوسِرَيْنِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَقُومُ عَلَيْهِمَا بَاقِيهِ إِذَا / مَلَكًا بَعْضُهُ ؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَقُومُ ، وَلَا يَسَرَّى الْعِتْقُ إِلَيْهِ ^(١٩) ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مَلَكِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَرَثَهُ . وَالثَّانِي ، يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَبُولَ وَلِيِّهِ يَقُومُ مَقَامَ قَبُولِهِ ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، لَيْسَ لَوَلِيِّهِ قَبُولُهُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ . وَعَلَى الْأَوَّلِ ، يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ بِغَيْرِ ^(٢٠) ضَرَرٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّنْ لَا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ . وَإِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ أَنْ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « : بَأَنَّهُ » .

(١٤) فِي ب ، م : « مُبَاشَرَةً » .

(١٥) فِي أ ، ب ، م : « لَمْ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « أَعْتَقَ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « وَصَّى » .

(١٨) فِي م : « ضَرُورَةٌ » .

(١٩) فِي أ : « عَلَيْهِ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ غَيْرِ » .

يَقْبَلَهُ . فَقِيلَ ، اِحْتَمَلُ أَنْ لَا يَصِيحَّ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ^(٢١) الشَّرْعُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَ مَالَهُ بِغَيْرِهِ . وَاحْتَمَلُ أَنْ يَصِيحَّ ، وَتَكُونَ الْعَرَامَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ الزَّوْمَةُ هَذِهِ الْعَرَامَةُ ، كَانَتْ عَلَيْهِ ، كَتَفَقَّ الْحَجَّ إِذَا أَحَجَّهُ^(٢٢) .

فصل : وَإِذَا بَاعَ عَبْدًا لِيَذِيَ رَحِمِهِ وَأَجَنَّبِي صَفَقَةً وَاجِدَةً ، عَتَقَ كُلَّهُ ، إِذَا كَانَ ذُو الرِّحِمِ^(٢٣) مُوسِرًا^(٢٤) ، وَضَمِنَ لِشَرِيكِهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٢٥) : لَا يَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَا^(٢٦) يَتِمُّ إِلَّا بِقَبُولِ شَرِيكِهِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي إِعْتِقَالِي نَصِيْبِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبَهُ بِمِلْكِهِ بِاخْتِيَارِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَوِّمَ عَلَيْهِ بَاقِيَهُ مَعَ بَسَارِهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِشِرَائِهِ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَصِيحُّ قَبُولَهُ إِلَّا بِقَبُولِ شَرِيكِهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَتْ أُمَةٌ مُزَوَّجَةً ، وَلَهَا ابْنٌ مُوسِرٌ ، فَاشْتَرَاهَا هُوَ وَزَوْجُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ^(٢٧) ، صَفَقَةً وَاجِدَةً ، عَتَقَ نَصِيْبُ الْإِبْنِ مِنْ أُمِّهِ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيْبِ الزَّوْجِ ، وَيُقَوِّمُ عَلَيْهِ ، وَعَتَقَ الْحَمْلُ عَلَيْهِمَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ الزَّوْجِ وَأَخُو^(٢٨) الْإِبْنِ ، وَلَا يَجِبُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ شَيْءٌ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِمَا فِي حَالِ وَاحِدَةٍ . وَلَوْ كَانَتْ الْمُسَالَةُ بِحَالِهَا ، فَوُهِبَتْ لَهَا ، أَوْ أُوصِيَ لَهَا بِهَا ، فَقِيلَ لَهَا فِي حَالِ^(٢٩) وَاحِدَةٍ ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ قَبِلَهَا أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ قَبِلَ الْإِبْنُ أَوَّلًا ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمُّ وَحَمْلُهَا ؛^(٣٠) حَصَّتْهُ مِنَ الْأُمِّ بِالْمِلْكِ ، وَتَبِعَهَا حَصَّتُهُ مِنَ الْحَمْلِ ، وَسَرَى الْعَتَقُ إِلَى الْبَاقِي^(٣١)^(٣٢) مِنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ^(٣٣) ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ بَاقِيهِمَا لِلزَّوْجِ . وَإِنْ قَبِلَ الزَّوْجُ أَوَّلًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ الْحَمْلُ كُلُّهُ ؛^(٣٤) نَصِيْبُهُ بِالْمِلْكِ ، وَبَاقِيَهُ السَّرَايَةِ ، وَقَوِّمَ عَلَيْهِ^(٣٥) . ثُمَّ إِذَا قَبِلَ الْإِبْنُ ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمُّ كُلُّهَا ،

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل ، ب ، م ، ن : حجه .

(٢٣) في الأصل : زحم .

(٢٤) في ب ، م ، ن : معصرا .

(٢٥) في ب ، م ، ن : القاضي .

(٢٦) في أ ، ب ، م ، ن : لم .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) في أ ، م ، ن : وأخ .

(٢٩) في م : حالة .

(٣٠) سقط من : ب .

(٣١) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

وَيَقَاصَانِ ، وَيُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَضْلَ عَلَى صَاحِبِهِ . وَمَنْ قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : إِنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ فِيهَا^(٣٢) بِالْمَوْتِ . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْوَقِيلَاها دُفْعَةً وَاحِدَةً .

فصل : وإذا كان لرجل نصف / عَبْدَيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ فِي الْقِيَمَةِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا ، ١٧٧/١١
فَأُعْتَقَ أَحَدُهُمَا فِي صِحَّتِهِ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُوسِرٌ بِالنَّصِيبِ الَّذِي
لَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْآخَرِ ، فَإِنْ أُعْتَقَ النَّصِيبُ الْآخَرُ^(٣٣) ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّتِهِ لَا
يَمْنَعُ صِحَّةَ عَتَقِهِ ، وَلَمْ يَسِرْ ؛ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ ، وَإِنْ أُعْتَقَ الْأَوَّلُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، لَمْ يَسِرْ ؛ لِأَنَّهُ
إِنَّمَا يَنْفَذُ عَتَقَهُ فِي ثُلُثِ مَالِهِ^(٣٤) ، وَثُلُثُ مَالِهِ^(٣٤) هُوَ الثُّلُثُ مِنَ الْعَبْدِ الَّذِي أُعْتَقَ^(٣٥) ، نِصْفُهُ ،
وإذا أُعْتَقَ^(٣٦) الثَّانِي ، وَقَفَّ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ ، وَإِنْ أُعْتَقَ^(٣٥) الْأَوَّلُ فِي صِحَّتِهِ ،
وَأُعْتَقَ^(٣٦) الثَّانِي فِي مَرَضِهِ ، لَمْ يَنْفَذْ عَتَقُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ذِمَّتًا يَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، فَيَمْنَعُ
صِحَّةَ عَتَقِهِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ^(٣٧) الْوَرَثَةُ .

فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركأله في عبْد^(٣٨) ، فَسَرَى إِلَى نَصِيبِ
الشَّرِيكِ ، وَغَرِمَ لَهُ قِيَمَةُ نَصِيبِهِ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنِ الشَّهَادَةِ ، غَرِمَا قِيَمَةَ الْعَبْدِ جَمِيعَةً . وَقَالَ
بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : تَلَزَمَهُمَا غَرَامَةُ نَصِيبِهِ ، دُونَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَشْهَدَا
إِلَّا بِعَتَقِ نَصِيبِهِ ، فَلَمْ تَلَزَمْهُمَا غَرَامَةُ مَا سِوَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا فَوَّتَا عَلَيْهِ نَصِيبَهُ وَقِيَمَةَ نَصِيبِ
شَرِيكِهِ ، فَلَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ فَوَّتَاهُ يَفْعُلُهُمَا ، وَكَأَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِجُرْحٍ ، ثُمَّ سَرَى
الْجُرْحُ ، وَمَاتَ الْمَجْرُوحُ ، فَضَمِنَ الدَّيَّةَ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنِ شَهَادَتِهِمَا .

فصل : وإن شهد شاهدان على مَيِّتٍ يَعْتِقُ عَبْدًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ ،

(٣٢) في الأصل : : في هذا .

(٣٣) في م زيادة : من العبد الآخر . وهو تفسير .

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) في الأصل : : عتق .

(٣٦) في الأصل : : العتق .

(٣٧) في الأصل : : يبيزه .

(٣٨) في م : عهد . تحريف .

فَحَكَمَ حَاكِمٌ^(٣٩) بِشَهَادَتِهِمَا ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ شَهِدَ آخَرَانِ بِعِتْقِ آخَرَ ، هُوَ ثُلُثُ مَالِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ الْأَوَّلَانِ عَنِ الشَّهَادَةِ ، نَظَرْنَا فِي تَارِيخِ شَهَادَتِهِمَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ سَابِقَةً وَلَمْ تُكَذَّبْ الْوَرِثَةُ رُجُوعُهُمَا ، عَتَقَ الْأَوَّلُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُمَا ، وَلَمْ يَغْرَمَا شَيْئًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُمَا شِرَاءُ الثَّانِي وَإِعْتَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا مَنَعَا عِتْقَهُ بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعِ عَنْهَا . وَإِنْ صَدَّقُوهُمَا فِي رُجُوعِهِمَا ، وَكَذَّبُوهُمَا فِي شَهَادَتِهِمَا ، عَتَقَ الثَّانِي ، وَرَجَعَا^(٤٠) عَلَيْهِمَا بِقِيَمَةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا قَوَّتَا رِقَّهُ عَلَيْهِمَا بِشَهَادَتِهِمَا الْمَرْجُوعِ عَنْهَا ؛ وَإِنْ كَانَ تَارِيخُهَا مُتَأَخِّرًا عَنِ الشَّهَادَةِ الْآخَرَى ، يَطْلُ عِتْقُ الْمَحْكُومِ^(٤١) بِعِتْقِهِ ؛ لِأَنَّنَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمَيِّتَ / قَدْ أُعْتِقَ ثُلُثُ مَالِهِ قَبْلَ إِعْتَاقِهِ ، وَلَمْ يَغْرَمِ الشَّاهِدَانِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُمَا مَا قَوَّتَا شَيْئًا . وَإِنْ كَانَا مُطْلَقَتَيْنِ ، أَوْ إِحْدَاهُمَا ، أَوْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ فَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الثَّانِي ، عَتَقَ ، وَيَطْلُ عِتْقُ الْأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ بَاقٍ عَلَى الرِّقِّ^(٤٢) . وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الْأَوَّلِ ، عَتَقَ ، وَنَظَرْنَا فِي الْوَرِثَةِ ، فَإِنْ كَذَّبُوا الشَّاهِدَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ فِي شَهَادَتِهِمَا ، عَتَقَ الثَّانِي ، وَرَجَعَا عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِقِيَمَةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا قَوَّتَا رِقَّهُ بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَإِنْ كَذَّبُوهُمَا فِي رُجُوعِهِمَا ، لَمْ يَرْجِعُوا عَلَيْهِمَا بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُمْ يُقْرُونَ بِعِتْقِ الْمَحْكُومِ بِعِتْقِهِ .

١٩٥٧ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَغْيَدٍ ، فَأَعْتَقَهُمْ فِي مَرَضٍ مُؤْتِيهِ ، أَوْ ذَبَرَهُمْ ، أَوْ ذَبَرَ أَحَدَهُمْ ، وَأَوْصَى بِعِتْقِ الْآخَرَيْنِ ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثَلَاثِهِ إِلَّا وَاحِدٌ ؛ لِنَسَاوِي قِيَمَتِهِمْ ، أَقْرَعَ^(٤٣) بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ^(٤٤) حُرِّيَّةِ وَسَهْمِي رِقٍّ ، فَمَنْ وَقَعَ لَهُ^(٤٥) سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ^(٤٦) ، عَتَقَ ذُوْنَ صَاحِبِيهِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْعِتْقَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، وَالتَّذْيِيرِ ، وَالْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ ، يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ

(٣٩) فِي ١ : د : الْحَاكِمُ .

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : د : وَرَجَعَ .

(٤١) فِي ب ، م : نَادَاةٌ : د : لَهُ .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ : د : الْعِتْقُ .

(٤٣) فِي ب ، م : د : قَرَعَ .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : د : لَمْ .

(٤٦) فِي الْأَصْلِ : ١ : د : حُرِّيَّةٌ .

مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، لَمْ يُجْزَ مِنْ^(٥) عِنَقِ الذِّى أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ فِي مَرَضِهِ ، إِلَّا ثَلَاثَهُمْ^(٦) . وَلَئِنْ تَبَرَّعَ بِمَالٍ ، أَشَبَّهَ الْهَبَّةَ ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، لَمْ يُجْزَ إِلَّا الثَّلَاثُ . فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، يُدْىِ بِالْأَوَّلِ فَلِأَوَّلٍ ، حَتَّى يُسْتَوْفَى الثَّلَاثُ . وَإِنْ وَقَعَ الْعِنَقُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَلَمْ يَخْرُجُوا مِنَ الثَّلَاثِ ، قُرِعَ^(٧) بَيْنَهُمْ ، فَأُخْرِجَ^(٨) الثَّلَاثُ بِالْقُرْعَةِ . وَمَسْأَلَةُ الْخُرْقَى فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْعِنَقُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ . وَأَمَّا إِنْ دَبَّرَهُمْ ، اسْتَوَى الْمُقَدَّمُ وَالْمُؤَخَّرُ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ عِنَقٌ مُعَلَّقٌ بِشَرْطٍ ، وَهُوَ الْمَوْتُ ، وَالشَّرْطُ إِذَا وَجَدَ تَبَّتِ الْمَشْرُوطُ^(٩) فِي وَقْتِ وَاحِدٍ ، وَكَذَلِكَ الْمُوصَى بِعِنَقِهِ ، يَسْتَوِي هُوَ وَالتَّذْيِيرُ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ عِنَقٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَمَتَى أَعْتَقَ ثَلَاثَةً أَغْبَدَ مُتَسَاوِينَ فِي الْقِيَمَةِ ، هُمْ جَمِيعٌ مَالِهِ ، دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ وَصَّى بِعِنَقِهِمْ ، أَوْ دَبَّرَ بَعْضَهُمْ وَوَصَّى بِعِنَقِ بَاقِيهِمْ ، وَلَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، قُرِعَ^(١٠) بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رَقٍّ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ ، عَنَّقَ وَرَقًى صَاحِبَاهُ . وَهَذَا / قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَأَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَدَاوُدُ ، وَإِبْنُ جُرَيْرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَ ، وَيُسْتَسْنَى فِي بَاقِيهِ . وَرَوَى نَحْوُ هَذَا عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَشُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالتَّحْمِي ، وَقَتَادَةَ ، وَحَمَّادٍ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ ، فَيَسَاوُونَ فِي الِاسْتِحْقَاقِ ، كَمَا لَوْ كَانَ يَمْلِكُ ثَلَاثَهُمْ وَاحِدَهُ ، وَهُوَ ثَلَاثُ مَالِهِ ، أَوْ كَمَا لَوْ وَصَّى بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِرَجُلٍ . وَاتَّكَرَ أَصْحَابُ أُمِّي حَنِيفَةَ الْقُرْعَةِ ، وَقَالُوا : هِيَ مِنَ الْقِمَارِ وَحُكْمِ الْجَاهِلِيَّةِ . وَلَعَلَّهُمْ يَرُدُّونَ الْخَبَرَ الْوَارِدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِخِلَافَتِهِ^(١١) قِيَاسَ الْأَصُولِ^(١٢) . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ لِحَمَّادٍ ، فَقَالَ : هَذَا قَوْلُ الشَّيْخِ - يَعْنِي إِبْلِيسَ - فَقَالَ لَهُ مُحَمَّدُ بْنُ ذَكْوَانَ : وَضِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهُمُ الْمُجْنُونُ حَتَّى يُعْفَى - يَعْنِي إِيَّاكَ^(١٣)

١٧٨/١١

(٥) سقط من : ب . وفي الأصل : « لمن » .

(٦) تقدم تقريره ، ذ : ٣٩٥/٨ .

(٧) ذ : م : « قرع » .

(٨) ذ : الأصل : « ويخرج » .

(٩) ذ : أ ، م ، زيادة : « ي » .

(١٠) ذ : الأصل : « مخالفة » .

(١١) ذ : الأصل : « الأصل » . وذ : « الأصل » .

(١٢) ذ : م : « ذله » .

مَجْنُونٌ - فَقَالَ لَهُ حَمَّادٌ : مَا دَعَاكَ إِلَى هَذَا ؟ فَقَالَ لَهُ مُحَمَّدٌ : وَأَنْتَ ، مَا (١٣) دَعَاكَ إِلَى هَذَا ؟ وَهَذَا قَلِيلٌ فِي جَوَابِ حَمَّادٍ ، وَكَانَ حَرِيًّا أَنْ يُسْتَتَابَ عَنْ هَذَا ، فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا ضُرِبَتْ عُنُقُهُ (١٤) . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِمْرَانُ بْنُ الْحُصَيْنِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أُعْتِقَ سَيِّئَةٌ مَمْلُوكِينَ فِي مَرَضِهِ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَجَزَّاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَيِّئَةً أَجْزَاءً ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرَقَ أَرْبَعَةً . وَهَذَا نَصٌّ فِي مَحَلِّ التَّرَاجُعِ ، وَحُجَّةٌ لَنَا فِي الْأَمْرَيْنِ الْمُخْتَلِفِ فِيهِمَا ، وَهَذَا جَمْعُ (١٥) الْحَزْرِيَّةِ وَاسْتِعْمَالُ (١٦) الْقَرْعَةِ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ثَابِتٌ ، رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَسَائِرُ أَصْحَابِ السُّنَنِ . وَرَوَاهُ عَنْ عِمْرَانَ (١٧) ابْنِ الْحُصَيْنِ (١٨) الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَأَبُو الْمُهَلَّبِ ، ثَلَاثَةٌ أَئِمَّةٌ . وَرَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ (١٩) ، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عِيسَى ، عَنْ هُشَيْمٍ ، عَنْ خَالِدِ الْحَذَاءِ ، عَنْ أَبِي قِلَابَةَ ، عَنْ أَبِي زَيْدِ الْأَنْصَارِيِّ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ . قَالَ (٢٠) أَحْمَدُ : أَبُو زَيْدِ الْأَنْصَارِيُّ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ (٢١) . وَلَأَنَّهُ حَقٌّ فِي تَفْرِيقِهِ ضَرَرٌ ، فَجَوَّبَ جَمْعُهُ بِالْقَرْعَةِ ، كَقِسْمَةِ الْإِجْبَارِ إِذَا طَلَبَهَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ (٢٢) ، وَتَطْيِيرُهُ مِنَ الْقِسْمَةِ مَا لَوْ كَانَتْ دَارَ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، لِأَحَدِهِمَا ثُلُثُهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثَاهَا ، / وَفِيهَا ثَلَاثَةُ مَسَاكِينَ مُتَسَاوِيَةٍ ، لَا ضَرَرَ فِي قِسْمَتِهَا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ (٢٣) ، فَإِنَّهُ يُجْعَلُ كُلُّ بَيْتٍ سَهْمًا ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِصَاحِبِ الثَّلَاثِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرِ سَهْمَانِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْحَبْرَ يُخَالِفُ (٢٤) قِيَاسَ

- (١٣) فِي م : د : فَمَا .
(١٤) هَذِهِ الْحِكَايَةُ عَمَّا يُسْتَعِدُّ وَقَعُهُ ، وَإِنْ ثَبِتَ فِيهِ مِنَ الْبَوَادِرِ ، فَمَرْجِعُ جَمِيعِ الْأُتَمَّةِ كِتَابُ اللَّهِ الْكَرِيمِ وَمَا صَحَّ عَنْ رَسُولِهِ الْأَمِينِ ، وَكُلِّ إِنْسَانٍ يُوْخَذُ مِنْ قَوْلِهِ وَيُتْرَكُ إِلَّا رَسُولُنَا مُحَمَّدٌ ﷺ .
(١٥) فِي الْأَصْلِ : د : جَمِيعٌ .
(١٦) فِي ب : د : وَاسْتِئَاعٌ .
(١٧-١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، .
(١٨) الْمُسْنَدُ ٣٤١/٥ .
(١٩) فِي إِهَادَةِ : د : الْإِمَامُ .
(٢٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عَتَقِ الْعَبِيدِ لَا يَخْرُجُونَ مِنَ الثَّلَاثِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٨٦/١٠ . وَانْظُرْ : بَابَ مَا جَاءَ فِي مَنْ يَعْتَقُ مَمَالِكَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأُحُوذِيِّ ١٢٢/٦ .
(٢١) فِي أ : ب : م : د : الشَّرِيكَيْنِ .
(٢٢) فِي ب : د : قِسْمَتَا .
(٢٣) فِي ب : د : مَخَالَفَ .

الأصول . ثَمَنُ ذَلِكَ ، بَلْ هُوَ مُوَافِقٌ لَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَقِيَاسُهُمْ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ
مِلْكُهُ ^(٢٤) ثَلَاثُهُمْ وَخَدَهُ ، لَمْ يُمَكِّنْ جَمْعَ نَصِيْبِهِ ^(٢٥) ، وَالْوَصِيَّةُ ^(٢٦) لَا ضَرَرَ فِي تَفْرِيقِهَا ،
بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَإِنْ سَلَّمْنَا مُخَالَفَتَهُ قِيَاسَ الْأَصُولِ ، فَقَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَاجِبُ
الْإِتِّبَاعِ ، سَوَاءٌ ^(٢٧) وَافِقٌ الْقِيَاسِ ^(٢٨) أَوْ خَالَفَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلُ الْمَعْصُومِ ، الَّذِي جَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى
قَوْلَهُ حُجَّةً عَلَى الْخَلْقِ أَجْمَعِينَ ، وَأَمَرَنَا بِاتِّبَاعِهِ وَطَاعَتِهِ ، وَحَذَرَ الْعِقَابِ فِي مُخَالَفَةِ أَمْرِهِ ،
وَجَعَلَ الْقَوَرَ فِي طَاعَتِهِ ، وَالضَّلَالَ فِي مَعْصِيَتِهِ ، وَنَطَرُقُ الْخَطَأَ إِلَى الْقَائِسِ ^(٢٩) فِي قِيَاسِهِ ،
أَغْلَبَ مِنْ نَطَرُقِ الْعَلَطِ ^(٣٠) إِلَى أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَالْأَيُّمَةِ بَعْدَهُمْ فِي رِوَايَتِهِمْ ، عَلَى
أَنَّهُمْ قَدْ خَالَفُوا قِيَاسَ الْأَصُولِ بِأَحَادِيثَ ضَعِيفَةٍ ، فَأَوْجَبُوا الْوُضُوءَ بِالنَّبِيذِ فِي السَّفَرِ دُونَ
الْحَضَرِ ، وَنَقَضُوا الْوُضُوءَ بِالْقَهْقَهَةِ فِي الصَّلَاةِ دُونَ تَخَارُجِهَا ؛ وَقَوْلُهُمْ فِي مَسْأَلَتِنَا فِي
مُخَالَفَةِ ^(٣١) الْقِيَاسِ وَالْأَصُولِ ، أَشَدُّ وَأَعْظَمُ ، وَالضَّرَرُ فِي مَذْهَبِهِمْ أَعْظَمُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ
الْإِجْمَاعَ مُتَعَقِّدٌ عَلَى أَنَّ صَاحِبَ الثَّلَاثِ فِي الْوَصِيَّةِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا ، لَا يَحْصُلُ لَهُ شَيْءٌ حَتَّى
يَحْصُلَ لِلْوَرِثَةِ مِثْلَاهُ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا يَعْتَقُونَ الثَّلَاثَ ، وَيَسْتَسْعُونَ الْعَبِيدَ ^(٣٢) فِي الثَّلَاثِينَ ، فَلَا
يَحْصُلُ لِلْوَرِثَةِ شَيْءٌ فِي الْحَالِ أَصْلًا ، وَيُجِيلُونَهُمْ عَلَى السَّعَايَةِ ، وَرَبَّمَا لَا يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ
أَصْلًا ، وَرَبَّمَا لَا يَحْصُلُ مِنْهَا فِي الشَّهْرِ ^(٣٣) إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمَانِ ، فَيَكُونُ هَذَا فِي حُكْمٍ مَنْ لَمْ
يَحْصُلْ لَهُ شَيْءٌ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْعَبِيدِ ؛ لِأَنَّهُمْ يُجْبِرُونَهُمْ عَلَى الْكَسْبِ وَالسَّعَايَةِ ، عَنْ
غَيْرِ اخْتِيَارٍ مِنْهُمْ ، وَرَبَّمَا كَانَ الْمُجْبَرُّ عَلَى ذَلِكَ جَارِيَةً ، فَيَحْمِلُهَا ذَلِكَ عَلَى الْبِغَاءِ ، أَوْ
عَبْدًا ، فَيَسْرِقُ أَوْ يَقَطِّعُ الطَّرِيقَ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَيِّتِ ، حَيْثُ ^(٣٤) أَفْضَنُوا بِوَصِيَّتِهِ إِلَى

(٢٤) ق ب : ملكهم .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) في الأصل واو العطف وحدها .

(٢٧-٢٨) في الأصل : فارق .

(٢٨) ق ب : القياس .

(٢٩) ق ب : م : الخطأ .

(٣٠) ق ب : مخالفته .

(٣١) ق ب : م : العبد .

(٣٢) ق ب : السهم .

(٣٣) ق ب : بحيث .

الظلم والإضرار ، وتحقيق / ما يُوجب له العقاب من ربه ، والدعاء عليه من عبده وورثته . وقد روى عن النبي ﷺ ، في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا ، قال : « لو شهدته لم يُدْفَن في مقابر المسلمين »^(٣٦) . قال ابن عبد البر : في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب ، مع مخالفة السنة الثابتة . وأشار إلى ما ذكرناه . وأما إنكارهم للقرعة^(٣٧) ، فقد جاءت في الكتاب والسنة والإجماع ، قال الله تعالى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَمْهُمْ أَنَّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾^(٣٨) . وقال تعالى : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾^(٣٩) . وأما السنة ؛ فقال أحمد : في القرعة خمس سنن ؛ أقرع بين نسائه^(٤٠) . وأقرع في سيئة مملوكين . وقال رجلان : استهما^(٤١) . وقال : « مثل القائم على حدود الله والْمُدَاهِن فِيهَا ، كمثل قوم استهموا على سيفية »^(٤٢) . وقال : « لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ، لاستهموا عليه »^(٤٣) . وفي حديث الزبير ، أن صفيّة جاءت بثوبين ؛ ليكفن فيهما حمزة ، رضي الله عنه ، فوجدنا إلى جنبه قتيلا ، فقلنا : لِحِمْرَةِ ثَوْبٍ ، ولِلْأَنْصَارِيِّ ثَوْبٍ . فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر ، فأقرعنا عليهما ، ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي صار له^(٤٤) . وشاح الناس يوم القادسية في الأذان ، فأقرع بينهم سعد^(٤٥) . وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ، ولا أعلم بينهم خلافا في أن الرجل يُقرع بين

(٣٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق عبدا لم يبلغه الثلث ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ .

(٣٥) في ب : القرعة .

(٣٦) سورة آل عمران ٤٤ .

(٣٧) سورة الصافات ١٤١ .

(٣٨) تقدم ترجمه ، في : ٤٣٠/٩ .

(٣٩) تقدم ترجمه ، في : ٢٦٥/٦ .

(٤٠) أخرجه البخاري ، في : باب هل يقرع في القسمة والاشتهام فيه ، من كتاب الشركة ، وفي : باب القرعة في المشكلات ، من كتاب الشهادات . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ٢٣٧ . والترمذي ، في : باب منه حدثنا أحمد بن منيع ... من أبواب الفتن . عارضة الأحوذي ١٩/٩ . وإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ ، ٢٧٠ .

(٤١) تقدم ترجمه ، في : ٥٣/٢ ، ٥٤ .

(٤٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٦٥/١ .

(٤٣) أخرجه البخاري ، في : باب الاشتهام في الأذان ، من كتاب الأذان . صحيح البخاري ١٥٩/١ . والبيهقي ، في : باب الاشتهام على الأذان ، من كتاب الصلاة . السنن الكبرى ٤٢٨/١ .

نِسَائِهِ^(٤٤) إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ^(٤٥) بِأَخْدَاهُنَّ ، وَإِذَا أَرَادَ الْبِدَايَةَ بِالْقِسْمَةِ بَيْنَهُنَّ ، وَبَيْنَ الْأَوْلِيَاءِ إِذَا تَسَاوَوْا وَتَشَاخَرُوا فِي مَنْ^(٤٦) يَتَوَلَّى التَّرْوِيجَ^(٤٧) ، أَوْ مَنْ^(٤٨) يَتَوَلَّى اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا .

فصل : في كيفية القرعة ، قال أحمد : قال سعيد بن جبيرة : يُقْرَعُ بَيْنَهُم بِالْخَوَاتِيمِ . أَقْرَعَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِي ثَوْبٍ ، فَأَخْرَجَ خَاتِمَ هَذَا وَخَاتِمَ هَذَا ثُمَّ قَالَ : يَخْرُجُونَ بِالْخَوَاتِيمِ ، ثُمَّ تُدْفَعُ إِلَى رَجُلٍ ، فَيُخْرِجُ مِنْهَا وَاحِدًا . قال أحمد : بَأَى شَيْءٍ خَرَجَتْ مِمَّا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ ، وَقَعَ الْحُكْمُ بِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ رِقَاعًا أَوْ خَوَاتِيمَ . قال أصحابنا الْمُتَأَخِّرُونَ : الْأَوَّلَى أَنْ يَقْطَعَ رِقَاعًا صِغَارًا مُتَسَاوِيَةً ، ثُمَّ تُلْقَى فِي جِوَرِ رَجُلٍ لَمْ^(٤٩) يَحْضُرْ ، / أَوْ يُعْطَى عَلَيْهَا بِثَوْبٍ ، ثُمَّ يُقَالُ لَهُ : أَذْخِلْ يَدَكَ ، وَأَخْرِجْ بِنَدَقَةٍ^(٥٠) . فَيَقْضُهَا^(٥١) ، وَيَعْلَمُ مَا فِيهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَفِي كَيْفِيَةِ الْقُرْعَةِ وَالْعِتْقِ سِتُّ مَسَائِلَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَتَّقَى عَدَدًا مِنَ الْعَبِيدِ ، لَهُمْ ثَلَاثُ صَحِيحٍ . كَثَلَاةٍ أَوْ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ ، وَقِيَمَتُهُمْ مُتَسَاوِيَةٌ ، وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَيُجْزَأُونَ^(٥٢) ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، جُزْءًا لِلْحُرِّيَّةِ ، وَجُزْأَيْنِ لِلرَّقِّ ، وَتُكْتَبُ ثَلَاثُ رِقَاعٍ ، فِي وَاحِدَةٍ حُرِّيَّةٌ ، وَفِي اثْنَيْنِ رَقٌّ ، وَيُتْرَكُ فِي ثَلَاثَةٍ بَنَادِقٌ ، وَتُعْطَى بِثَوْبٍ ، وَيُقَالُ لِرَجُلٍ لَمْ يَحْضُرْ : أَخْرِجْ عَلَى اسْمِ هَذَا الْجُزْءِ . فَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ ، وَرَقُّ الْجُزْءِ الْآخَرِ ، وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ رَقٍّ ، رَقٌّ ، وَأَخْرِجْتَ أُخْرَى عَلَى جُزْءٍ آخَرَ ، فَإِنْ خَرَجَتْ رُقْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ ، وَرَقُّ الْجُزْءِ الثَّالِثِ ، وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الرَّقِّ ، رَقٌّ ، وَعَتَقَ الْجُزْءُ الثَّالِثُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَعَيَّنَتْ فِيهِمْ . وَإِنْ شِئْتَ كَتَبْتَ اسْمَ كُلِّ جُزْءٍ فِي رُقْعَةٍ ، ثُمَّ أَخْرِجْتَ رُقْعَةً عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، فَإِذَا أَخْرَجْتَ^(٥٣) رُقْعَةً^(٥٤) عَلَى الْحُرِّيَّةِ^(٥٥) . عَتَقَ الْمُسَمَّنُونَ فِيهَا ، وَرَقُّ الْبَاقُونَ ، وَإِنْ أَخْرَجْتَ^(٥٦) رُقْعَةً عَلَى الرَّقِّ ، رَقُّ الْمُسَمَّنُونَ فِيهَا ، ثُمَّ تُخْرِجُ أُخْرَى

(٤٤-٤٥) سقط من : الأصل . وفي في الموضع الثاني : يتولى النكاح .

(٤٥) سقط من : أ .

(٤٦) سقط من : ب .

(٤٧) في ب ، م : ب بنديقية .

(٤٨) في م : فيفضها .

(٤٩) في ب ، م : فيخرجون .

(٥٠) في أ ، ب ، م : خرجت .

(٥١-٥٢) سقط من : الأصل ، ب .

على الرُّق ، فَرِقُ المُسَمَّونَ فيها ، وَعَتَقَ الجُزءَ الثَّالثَ ، وَإِنْ أُخْرِجَتِ الثَّانِيَةُ عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، عَتَقَ المُسَمَّونَ فيها ، وَرُقُ^(٥٢) . الثَّالِثُ . الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنْ يُمَكِّنَ قِسْمَتُهُمْ أَثْلَانًا ، وَفِيهِمْ^(٥٣) مُخْتَلَفَةٌ ، يُمَكِّنُ تُعَدِّلُهُمْ بِالْقِيَمَةِ ، كَسِيَّةٌ ؛ قِيَمَةُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ ثَلَاثَةُ آلَافٍ^(٥٤) ثَلَاثَةَ آلَافٍ^(٥٥) ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ الْفَانِ الْفَانِ^(٥٦) ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ الْفَ الْفَ ، فَيَجْعَلُ الْاِثْنَيْنِ الْأَوْسَطَيْنِ جُزْءًا^(٥٧) ، وَيَجْعَلُ اثْنَيْنِ قِيَمَةً أَحَدَهُمَا ثَلَاثَةَ آلَافٍ مَعَ آخَرِ قِيَمَتِهِ الْفَ جُزْءًا ، وَالْآخَرَانِ جُزْءًا^(٥٨) ، فَيَكُونُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ ، عَلَى مَا قَدْ مَنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . قِيلَ لِأَحْمَدَ : لِمَ^(٥٩) يَسْتَوُوا فِي الْقِيَمَةِ ؟ قَالَ : يُقَوِّمُونَ بِالثَّنَيْنِ .

الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ ، يَكُونُونَ مُتَسَاوِينَ فِي الْعَدَدِ مُخْتَلِفِينَ فِي الْقِيَمَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ الْجَمْعُ بَيْنَ تُعَدِّلُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ مَعًا ، وَلَكِنْ يُمَكِّنُ تُعَدِّلُهُمْ بِكُلِّ^(٦٠) وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَفَرِّدًا ، كَسِيَّةٌ / أُعْبِدَ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمُ الْفَ ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ الْفَ ، وَقِيَمَةُ ثَلَاثَةِ الْفَ ، فَإِنَّهُمْ يُعَدِّلُونَ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْعَدَدِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ وَاحِدٍ مِثْلَ اثْنَيْنِ ، قَوْمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ الْعِتْقُ فِي أَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ وَلَا أَقَلِّ ، وَفِي قِسْمَتِهِمُ بِالْعَدَدِ تَكَرَّرَ الْفُرْعَةُ ، وَتُبْعِيضُ الْعِتْقِ حَتَّى يَكْمُلَ الثَّلَاثُ ، فَكَانَ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ أَوْلَى . بَيَّانُ ذَلِكَ ، أَنَّنَا لَوَجَعَلْنَا مَعَ^(٦١) الَّذِي قِيَمَتُهُ الْفَ آخَرَ ، فَخَرَجَتْ فُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ لَهَا ، اخْتِجْنَا أَنْ نُعِيدَ الْفُرْعَةَ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا خَرَجَتْ عَلَى الْقَلِيلِ الْقِيَمَةِ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ^(٦٢) مِنَ الَّذِي قِيَمَتُهُ الْفَ تَمَامَ الثَّلَاثِ . وَإِنْ وَقَعَتْ فُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى اثْنَيْنِ ، قِيَمَتُهُمَا دُونَ الثَّلَاثِ ، عَتَقَا ، ثُمَّ أُعِيدَتْ^(٦٣) لَتَكْمِيلِ

(٥٢) لِي م : ١ : دُونَ .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ١ : وَفِيهِمْ .

(٥٤ - ٥٥) سَقَطَ مِنْ : ١ : م .

(٥٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥٦) فِي الْأَصْلِ : ١ : جُزْءُ جُزْءٍ .

(٥٧) فِي النِّسْخِ : ١ : جُزْءٍ .

(٥٨) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٥٩) لِي : ١ : كُلِّ .

(٦٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(٦١) سَقَطَ مِنْ : ب ، وَفِي م : ١ : وَأَعْتَقَ .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : ١ : عَتَقَتْ .

الثَّلاثِ ، فإذا وَقَعَتْ على واحدٍ ، كَمَلَّتِ الحُرِّيَّةُ منه ، فَحَصَلَ ما ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّبْعِيضِ والتَّكْرَارِ ، ولأنَّ قِسْمَتَهُم بينَ الْمُشْتَرِكِينَ فِيهِمْ ^(٦٣) ، ^(٦٤) لِأَنَّمَا يُعَدَّلُونَ فِيهَا بِالْقِيَمَةِ ^(٦٥) دونَ الأجزاءِ ، فعلى هذا يُجْعَلُ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفُ جُزْءٍ ، والاثْنَيْنِ اللَّذَيْنِ قِيَمَتُهُمَا أَلْفُ جُزْءٍ ، والثَّلاثَةِ الْبَاقِينَ جُزْءًا ، ثُمَّ يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ ، على ما ذَكَرْنَا . المسألةُ الرَّابِعَةُ ، أَمَكَّنْ تُعَدِّلُهُمْ بِالْقِيَمَةِ دونَ الْعَدَدِ ، كَسَبْعَةِ قِيَمَةِ أَحَدِهِمْ ^(٦٦) أَلْفٌ ، وقِيَمَةِ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وقِيَمَةِ أَرْبَعَةٍ أَلْفٌ ، فَيُعَدَّلُونَ بِالْقِيَمَةِ دونَ الْعَدَدِ ، كما ذَكَرْنَا . المسألةُ الْخَامِسَةُ ، أَمَكَّنْ تُعَدِّلُهُمْ بِالْعَدَدِ دونَ الْقِيَمَةِ ، كَسِتَّةِ أَغْبَدٍ ، قِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وقِيَمَةُ اثْنَيْنِ سِتِّمِائَةٍ ، وقِيَمَةُ اثْنَيْنِ خَمْسُمِائَةٍ ، فَهَهُنَا يُجْزَوْنَهُمْ بِالْعَدَدِ ؛ لِتَعْدِيرِ تَجْزِئَتِهِمْ بِالْقِيَمَةِ ، فَيُجْعَلُ كُلُّ اثْنَيْنِ جُزْءًا ، وَيَضُمُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِمَّنْ قِيَمَتُهُمَا قَلِيلَةٌ إِلَى وَاحِدٍ مِمَّنْ قِيَمَتُهُمَا كَثِيرَةٌ ، وَيُجْعَلُ الْمُتَوَسِّطَيْنِ جُزْءًا ، وَيُفْرَعُ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ على جُزْءٍ قِيَمَتُهُ أَكْثَرُ مِنَ الثَّلَاثِ ، أُعِيدَتْ الْقُرْعَةُ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مَنْ ^(٦٧) تَفَعَّلَ لَهُ ^(٦٨) قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ ، وَيَعْتَقُ مِنَ الْآخِرِ ثِيَمَةً ^(٦٩) الثَّلَاثِ ، وَرَقٌّ بِأَقْيَمِهِ وَالْبَاقُونَ ، وَإِنْ وَقَعَتْ الحُرِّيَّةُ على جُزْءٍ أَقَلَّ مِنَ الثَّلَاثِ ، عَقَّتَا جَمِيعًا ، ثُمَّ يَكْمُلُ الثَّلَاثُ مِنَ الْبَاقِينَ بِالْقُرْعَةِ . المسألةُ السَّادِسَةُ ، لَمْ يُمَكَّنْ تُعَدِّلُهُمْ بِالْعَدَدِ وَلَا الْقِيَمَةِ ، كَخَمْسَةِ أَغْبَدٍ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ أَلْفٌ ، وَاثْنَانِ أَلْفٌ ، وَاثْنَانِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُجْزَوْنَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، فَيُجْعَلُ أَحَدُهُمْ ^(٧٠) أَكْثَرَهُمْ قِيَمَةً ^(٧١) جُزْءًا ، وَيَضُمُّ إِلَى الثَّانِي ^(٧٢) أَقَلَّ الْبَاقَيْنِ قِيَمَةً ، وَيُجْعَلُهُمَا جُزْءًا وَالْبَاقَيْنِ جُزْءًا ، وَيُفْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رَقٍّ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَقْرَبُ إِلَى مَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَيُعَدَّلُ الثَّلَاثُ بِالْقِيَمَةِ على ما تَقَدَّمَ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يُجْزَوْنَهُمْ ، بَلْ تُخْرَجُ الْقُرْعَةُ على وَاحِدٍ وَاحِدٍ ^(٧٣) ، حَتَّى يَسْتَوْفَى الثَّلَاثُ ، فَيَكْتَبَ خَمْسَ

(٦٣) في الأصل : « فِيهِمَا » .

(٦٤-٦٥) سقط من : الأصل .

(٦٥) في أ : « وَاحِدٌ » .

(٦٦) في أ : « قِيَمَةٌ » .

(٦٧) في ب : « قِيَمَةٌ » .

(٦٨) سقط من : ب .

(٦٩) في م زيادة : « كَثِيرِ الْقِيَمَةِ » .

(٧٠) سقط من : ب . وفي إ زيادة : « وَاحِدٌ » .

رِقَاعَ بِأَسْمَائِهِمْ ، ثُمَّ يُخْرِجُ رُقْعَةً عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِيهَا عَتَقَ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الثانيةَ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِيهَا عَتَقَ مِنْهُ ثَمَامُ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانُوا ثَمَانِيَةً قِيمَتُهُمْ سَوَاءً ، فَبَيْنَهُمْ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكْتَسِبَ ثَمَانِي رِقَاعَ بِأَسْمَائِهِمْ ، ثُمَّ يُخْرِجُ عَلَى الْحُرِّيَّةِ رُقْعَةً بَعْدَ أُخْرَى ، حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّلَاثَ . وَالثَّانِي ، أَنْ يُجْزِلَهُمْ أَرْبَعَةَ أَجْزَاءَ ، ثُمَّ يُفْرِغُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَثَلَاثَةِ رِقْ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ عَتَقَ ، ثُمَّ يُفْرِغُ بَيْنَ السَّيِّئَةِ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقْ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ ، أُعِيدَتْ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ كَمَلَ الثَّلَاثُ مِنْهُ . وَالثَّلَاثُ ، أَنْ يُجْزِلَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَاثْنَانِ ، وَيُفْرِغُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقْ ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ لِلْاِثْنَيْنِ عَتَقَا ، وَكَمَلَ الثَّلَاثُ بِالْقُرْعَةِ مِنَ الْبَاقِيْنَ ، وَإِنْ خَرَجَتْ لثَلَاثَةٍ ، أَفْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ^(٧١) حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقْ^(٧٢) . ذَكَرَ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْآخَرَيْنِ أَبُو الْخَطَّابِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي خَمْسَةِ أَوْ أَرْبَعَةٍ ، يَجْعَلُ أَكْثَرَهُمْ قِيَمَةً مَكَانَ اِثْنَيْنِ ، إِنْ كَانَا^(٧٣) قِيَمَتَهُ ، وَإِلَّا أَفْرَعُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ قِيَمَتُهُمْ وَاحِدَةً ، ثُمَّ يُفْرِغُ بَيْنَ الَّذِي يَبْقَى وَالَّذِي تُصِيبُهُ الْقُرْعَةُ ، يَنْظُرُ مَا يَبْقَى مِنْ قِيَمَتِهِ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَيُعْتَقُ^(٧٤) بِحَصَّتِهِ^(٧٥) ؛ فَإِنْ كَانَ جَمِيعُ مَالِهِ عِبْدَيْنِ ، أَفْرَعْنَا بَيْنَهُمَا بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِي رِقْ ، عَلَى كُلِّ حَالٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ^(٧٥) لِلْمُعْتَقِ مَالٌ^(٧٥) غَيْرَ الْعَبِيدِ^(٧٦) ، مِثْلًا قِيَمَةِ الْعَبِيدِ أَوْ أَكْثَرَ ، عَتَقَ الْعَبِيدَ كُلَّهُمْ ،^(٧٧) وَيُخْرِجُهُمْ كُلَّهُمْ^(٧٧) / مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ مِثْلِيهِمْ ، عَتَقَ مِنَ الْعَبِيدِ^(٧٦) قَدْرَ ثُلْثِ الْمَالِ كُلِّهِ ، فَإِذَا كَانَ الْعَبِيدُ^(٧٨) يَصْفَ الْمَالِ ، عَتَقَ ثُلَاثَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا^(٧٩) ثَلَاثَةً ، عَتَقَ يَصْفَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً أَرْبَاعَهُ ، عَتَقَ أَرْبَعَةَ أَلْسَاعِهِمْ^(٨٠) ،

١٨١/١١

(٧١-٧٢) في ١ : رِقْ وسهمي حرية .

(٧٢) في الأصل ، أ ، ب : كانت .

(٧٣) في الأصل : فبعين .

(٧٤) في ب ، م : حصته .

(٧٥-٧٥) في الأصل : المتعلق ماله .

(٧٦) في الأصل ، م : العبد .

(٧٧-٧٧) في ١ ، ب ، م : لخروجهم .

(٧٨) في زيادة : كلهم .

(٧٩) في م : كانا .

(٨٠) في ١ : أسباعهم .

وطريقه أن تضرب قيمة العبيد^(٨١) في ثلاثة ، ثم تنسب إليه مبلغ التركة ، فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها ، فإذا كان قيمة العبيد^(٨١) ألفا ، وباقي التركة ألف ، ضربت قيمة العبيد^(٨١) في ثلاثة ، تكن ثلاثة آلاف ، ثم تنسب إليها الألفين ، تكن ثلثيها ، فيعتق ثلثاهم . وإن كان قيمة العبيد^(٨١) ثلاثة آلاف ، وباقي التركة ألف ، ضربت قيمتهم في ثلاثة ، تكن تسعة آلاف ، وتنسب إليها التركة كلها ، تكن أربعة أتساعها . وإن كان قيمتهم أربعة آلاف ، وباقي التركة ألف ، ضربت قيمتهم في ثلاثة ، تكن اثني عشر ألفا ، ونسبت إليها خمسة آلاف ، تكن ربعها وسدسها ، فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم .

فصل : وإن كان على الميت دين يحيط بالتركة ، لم يعتق منهم شيء . وإن كان يحيط ببعضها ، قدم الدين ؛ لأن العتق وصية ، وقد قضى رسول الله ﷺ أن الدين قبل الوصية^(٨٢) . ولأن قضاء الدين واجب ، وهذا تبرع ، وتقديم الواجب متعين . وإن كان الدين بقدر نصف العبيد ، جعلوا جزأين معينين^(٨٣) ، وكتب رقتان ؛ رقة للدين ، ورقة للتركة ، وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين ، فمن خرجت عليه رقة الدين بيع فيه ، وكان الباقي من^(٨٤) جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة ، على ما تقدم . وإن كان الدين بقدر ثلثهم^(٨٥) ، كتب ثلاث رقا ؛ رقة للدين ، واثنتان للتركة . وإن كان بقدر ربعهم ، كتب أربع رقا ؛ رقة للدين ، وثلاثة للتركة ، ثم يقرع بين من خرجت له رقا التركة . وإن كتب رقة للدين ، ورقة للحرية ، ورقتان للتركة ، جاز . وقيل : لا / ١٨١/١١ ط

يجوز ؛ لثلاث خروج رقة الحرية قبل قضاء الدين^(٨٦) . والأول أصح ؛ لأنه إنما يمنع من العتق قبل قضاء الدين^(٨٧) إذا لم يكن له وفاء ، فأما إذا كان له وفاء ، لم يمنع منه ، بدليل مالو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين ، فإنه لا يمنع من العتق قبل وفاؤه^(٨٧) .

فصل : وإذا عتق في مرض مؤته ثلاثة لا يملك غيرهم ، أو واحدا منهم غير

(٨١) في الأصل : م ، : العبد .

(٨٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٠/٨ .

(٨٣) سقط من : أ ، ب ، م ، .

(٨٤) سقط من : أ .

(٨٥) في الأصل : : ثلثه .

(٨٦-٨٧) سقط من : أ . نقل نظر .

(٨٧) في الأصل : : وفاتهم .

مُعِينٌ^(٨٨) ، فمات أحدهم ، أقرعنا بين المَيِّت والأحياء ، فإن وَقَعَتْ عَلَى المَيِّتِ ، حَسْبُنَا مِنَ التَّرِكَةِ ، وَقَوْمَانِهِ حِينَ الإِغْتَاكِ ، سَوَاءٌ مَاتَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ الْفُرْعَةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ^(٨٩) سَيِّدِهِ ، أقرعنا بين الْحَيِّينِ^(٩٠) ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعُ التَّرِكَةِ ، وَلِهَذَا لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا ثُلُثُهُمَا ، وَلَا يُعْتَبَرُ المَيِّتُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْسُوبٍ مِنَ التَّرِكَةِ ، وَلِهَذَا^(٩١) لَوْ أُغْتَقِ الْحَيِّينِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَأُغْتَقْنَا ثُلُثُهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّ المَيِّتَ أَحَدُ الْمُعْتَقِينَ ، فَوَجَبَ أَنْ يُفْرَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ سَيِّدِهِ ، وَلَئِنْ الْمَقْصُودُ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ ، وَحُصُولُ ثَوَابِ الْعِتْقِ ، وَيَحْصُلُ هَذَا فِي المَيِّتِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْفُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ سَيِّدِهِ . فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ الْفُرْعَةُ عَلَى الْحَيِّ ، نَظَرْنَا فِي الْحَيِّ ؛ فَإِنْ كَانَ المَيِّتُ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ^(٩٢) ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ قَبْضِ الْوَارِثِ لَهُ ، لَمْ نَحْسِبْهُ مِنَ التَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْوَارِثِ ، فَتَكُونُ التَّرِكَةُ الْحَيِّينِ^(٩٣) ، فَيُخْرَجُ ثُلُثُهُمَا مِمَّنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْفُرْعَةُ ، وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ^(٩٤) حِينَ الإِغْتَاكِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الإِثْلَافِ^(٩٥) ، وَتُعْتَبَرُ قِيَمَةُ التَّرِكَةِ بِأَقْلَى الْأَمْرَيْنِ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ إِلَى حِينَ قَبْضِ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فَائِدَةٌ تَجَدَّدَتْ عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ ، فَلَا تُحْسَبُ عَلَيْهِ مِنَ التَّرِكَةِ ، وَالتَّقْصَانُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ ، وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ ، فَأَشْبَهَ الشَّارِدَ وَالْآبِقَ ، وَإِنَّمَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ مَا حَصَلَ فِي يَدِهِ ، وَلَا يُحْسَبُ المَيِّتُ مِنَ التَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَا وَصَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ فَيُكْمَلُ ثُلُثُ الْحَيِّينِ^(٩٦) مِمَّنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْفُرْعَةُ . وَإِنْ كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ قَبْضِ الْوَرِثَةِ ، حُسِبَ مِنَ التَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِمْ ، وَجَعَلْنَاهُ كَالْحَيِّ ، فِي تَقْوِيمِهِ مَعَهُمْ ، وَالْحُكْمُ بِإِغْتَاقِهِ إِنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْفُرْعَةُ ، أَوْ مِنَ الثَّلَاثِينَ إِنْ وَقَعَتْ الْفُرْعَةُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَتُحْسَبُ قِيَمَتُهُ أَقْلَى الْأَمْرَيْنِ مِنْ حِينَ مَوْتِ سَيِّدِهِ إِلَى حِينَ قَبْضِهِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ .

(٨٨) في الأصل : « متعين » .

(٨٩) سقط من : ١ .

(٩٠) في الأصل : « الجزءين » .

(٩١) في م : « ولأنه » .

(٩٢) في الأصل : « سيده » .

(٩٣) في الأصل : « للجزئين » .

(٩٤) في الأصل : « قيمته » .

(٩٥) في ١ ، ب ، م : « إثلافه » .

فصل : وإن^(١٦) دُبِرَ الثلاثةُ ، أو وصَّى بعينيهما ، فمات أحدهم في حياته ، بطلَ تذييره ، والوصيةُ فيه ، وأقرعَ بين الحيين^(١٧) ، فأعْتَقَ من أحدهما ثلثهما ؛ لأنَّ المَيِّتَ لا يُمكنُ الحُكْمُ بوقوعِ العِتْقِ فيه ؛ لكونه مات قبل الوقتِ الذي يَعْتَقُ فيه ، وقبل أن يتَحَقَّقَ شرطُ العِتْقِ ، بخلافِ التي قبلها ؛ فإنَّ العِتْقَ حَصَلَ^(١٨) من حينِ الإعتاقِ ، ولئِما القُرْعَةُ تَبَيَّنَتْ وَكُشِفَتْ ، ولهذا يُحْكَمُ بعِتْقِهِ^(١٩) من حينِ الإعتاقِ ، حتى يكونَ كَسْبُهُ له ، وحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَحْرَارِ في سائرِ أحواله . وإن مات المُدَبِّرُ بعدَ موْتِ سيِّده ، أقرعَ بيْنَهُ وبين الأحياءِ ؛ لأنَّه قد حَصَلَ العِتْقُ من حينِ موْتِ السيِّدِ .

١٩٥٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ قَالَ لَهُمْ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : أَخَذَكُمْ حُرٌّ . أَوْ : كُلُّكُمْ حُرٌّ . وَمَاتَ ، فَكَذَلِكَ)

أما إذا قال لهم : كُلُّكُمْ حُرٌّ . فهي المسألة التي تقدَّمت ، ومَرَحْنَاهَا . وأما إذا قال : أَحَدُكُمْ حُرٌّ . فإنه يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ ، فيُخْرَجُ أَحَدُهُم بِالْقُرْعَةِ فَيُعْتَقُ ، ويَبْرُقُ الْبَاقُونَ ، وسواء كان للمَيِّتِ مالٌ سيَّوَاهُ ، أو لم يكنْ ، إذا كان يُخْرَجُ من الثلثِ ، وإن لم يُخْرَجْ من^(٢٠) ثلثِ المالِ^(٢١) ، عَتَقَ منه بِقَدْرِ الثلثِ . ولو كان المُعْتَقُ حَيًّا ، ولم يَتَوَّأَحِدًا بعَيْنِهِ ، لم يكنْ له التَّعْيِينُ ، وأُعْتِقَ أَحَدُهُم بِالْقُرْعَةِ . وإن قال : أَرَدْتُ واحِدًا مِنْهُمْ^(٢٢) بعَيْنِهِ . (قَبْلَ مِنْهُ^(٢٣) ، وَتَبَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ . وقال أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ : له تَعْيِينُ أَحَدِهِمْ ، فَيُعْتَقُ مِنْ عَيْنِهِ ، وإن لم يكنْ نَوَاهِ حَالَةَ الْقَوْلِ ، وَيُطَالَبُ الْمُعْتَقُ بِالتَّعْيِينِ ، فإذا عَيَّنَ^(٢٤) أَحَدَهُمْ تَعَيَّنَ^(٢٥) اخْتِيَارُهُ ، ولم يكنْ لسائرِ العبيدِ الاغْتِرَاضُ عَلَيْهِ ؛ لأنَّ له تَعْيِينَ العِتْقِ ابتداءً ، فإذا أَوْقَعَهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، كان له تَعْيِينُهُ ، كَالطَّلَاقِ . ولنا ، أَنَّ مُسْتَحِقَّ العِتْقِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ^(٢٦) ، فلم يَمْلِكْ / ١٨٢/١١

(١٦) في الأصل : : وإذا .

(١٧) في الأصل : : الجزأين .

(١٨-١٩) سقط من : الأصل .

(١-١) ق م : : الثلث .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣-٣) في الأصل : : قيل من هو .

(٤) في الأصل : : عتق .

(٥) في الأصل : : يتعين . وفي م بعد ذلك زيادة : : حسب .

(٦) في الأصل : : متعين .

تَعْيِينَهُ ، كَالُو أَعْتَقَ الْجَمِيعَ فِي مَرَضِهِ وَلَمْ يُخْرِجُوا مِنَ الثَّلَثِ ، وَكَالُو أَعْتَقَ مُعَيَّنًا ثُمَّ نَسِيَهُ ، وَالطَّلَاقُ كَمَسَائِلِنَا . فَأَمَّا إِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ وَلَمْ يَعْينَ ، فَالْحُكْمُ عِنْدَنَا لَا يَخْتَلِفُ ، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ التَّعْيِينُ ، بَلْ يُخْرِجُ الْمُعْتَقُ^(٧) بِالْقَرْعَةِ . وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى هَذَا إِذَا قَالُوا : لَا نَذَرِي إِلَيْهِمْ أَعْتَقَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَهُمُ التَّعْيِينُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَوْرُوثِهِمْ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِي الْبَيْتِ^(٨) .

فصل^(٩) : وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدِي إِمَائِهِ ، ثُمَّ وَطِئَ لِأَحَدَاهُنَّ ، لَمْ يَتَّعِنِ الرُّقُّ فِيهَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَّعِنِ الرُّقُّ فِيهَا . لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ عِنْدَهُ تَتَّعِنُ بِتَعْيِينِهِ ، وَوُطُوهُ دَلِيلٌ عَلَى تَعْيِينِهِ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ . وَلِأَنَّ الْمُعْتَقَةَ وَاحِدَةً ، فَلَمْ تَتَّعِنِ بِالْوَطِئِ ، كَالُو أَعْتَقَ وَاحِدَةً ثُمَّ نَسِيَهَا .

فصل^(١٠) : وَإِنْ^(١١) أَعْتَقَ وَاحِدًا بَعَيْنِهِ ، وَنَسِيَهُ ، فَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنْ يَتَّعِنَ أَحَدُهُمْ بِالْقَرْعَةِ . وَهَذَا قَوْلُ اللَّيْثِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَذْكُرَ ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَتَّعِنَ ، أَفَرَعَ الْوَرِثَةُ^(١٢) بَيْنَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَتَّعِنُونَ كُلَّهُمْ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لِهَوَامَاتٍ ، وَلَمْ يَتَّعِنَ^(١٣) ، فَكَانُوا ثَلَاثَةً ، عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدَرِ ثَلَاثِهِمْ ، وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدَرِ رُبْعِ قِيَمَتِهِمْ . وَعَلَى هَذَا ، فَيُفَرِّغُ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقَرْعَةُ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ أَقَلُّ مِنَ الرَّبْعِ ، أُعِيدَتِ الْقَرْعَةُ حَتَّى تَكْمُلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ قَالَ الشَّهَوْدُ : نَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَ أَحَدَ عِبِيدِهِ ، وَلَمْ يُسَمِّ . عَتَقَ ثُلُثَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَسَمَى فِي بَاقِيهِ ، أَوْ رُبْعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، وَإِنْ قَالُوا : نَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَ بَعْضَ عِبِيدِهِ ، وَنَسِيَنَاهُ . فَشَهِادَتُهُمْ بَاطِلَةٌ . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَلَمْ يَذْكُرَا مَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ فِي الشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ مُسْتَحِقَّ الْعِتْقِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ^(١٤) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَعْتَقَ جَمِيعَهُمْ فِي

(٧) فِي ١ : الْعَتَقَ .

(٨) فِي ب ، م : الْمُعْتَقُ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٠) فِي ب : وَلَوْ . وَفِي م : وَإِذَا .

(١١) سَقَطَ مِنْ : أَوْ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : يَتَّعِنُ .

(١٣) فِي م : مَيَّنَ .

مَرَضِي مَوْتِهِ ، فَإِنْ أَقْرِعَ بَيْنَهُمْ ، فَخَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِوَاحِدٍ ، ثُمَّ قَالَ الْمُعْتَقُ : ذَكَرْتُ أَنَّ الْمُعْتَقَ ^(١٤) غَيْرَهُ . فَنَهِى وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا ، يُرَدُّ الْأَوَّلُ / إِلَى الرَّقِّ ، وَيَعْتَقُ الذِّي عَيْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ لَهُ الْمُعْتَقُ ، فَأَنَعَقَ ^(١٥) دُونَ غَيْرِهِ ، كَالْوَلَمْ يُقَرَّغْ . وَالثَّانِي ، يَغْتَقَانِ مَعًا . وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ ، وَمُقْتَضَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَبَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ بِالْقُرْعَةِ ، فَلَا تَزُولُ ، كَسَائِرِ الْأَحْزَابِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَ الْمُعْتَقِ : ذَكَرْتُ مَنْ كُنْتُ نَسِيئُهُ . يَتَضَمَّنُ إِقْرَارًا عَلَيْهِ بِحُرِّيَّةِ مَنْ ذَكَرَهُ ، وَإِقْرَارًا عَلَى غَيْرِهِ ، فَقَبِلَ إِقْرَارَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَقْبَلْ عَلَى غَيْرِهِ . وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُقَرَّغْ ، فَإِنَّهُ يَقْبَلُ قَوْلَهُ ، فَيَعْتَقُ مَنْ عَيْنُهُ ، وَيَرِقُّ غَيْرُهُ ، فَإِذَا قَالَ : أَعْتَقْتُ هَذَا . عَتَقَ ، وَرَقَّ الْبَاقُونَ ، وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقْتُ هَذَا ، لَا بَلْ هَذَا . عَتَقًا ^(١٦) جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِعَيْنِ الْأَوَّلِ فَلَزِمَهُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِعَيْنِ الثَّانِي فَلَزِمَهُ ، وَلَمْ يَقْبَلْ رُجُوعَهُ عَنْ إِقْرَارِهِ الْأَوَّلِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي إِقْرَارِ الْوَارِثِ .

١٩٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَلَكَ بَصْفَ غَنِيٍّ ، فَدَبَّرَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَفَتَقَ ^(١٧) بِمَوْتِهِ ، وَكَانَ ثُلُثُ مَالِهِ يَفِي بِقِيَمَةِ نَصْفِهِ ^(١٨) الَّذِي لَشَرِيكِهِ ، أُعْطِيَ ، وَكَانَ كَلُّهُ حُرًّا . فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَغْتَقُ إِلَّا حِصَّتَهُ وَإِنْ حَمَلَ ثُلُثُ مَالِهِ ^(١٩) قِيَمَةَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ)

وَحَمَلُهُ أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شِقْصًا مِنْ غَنِيٍّ ، فَأَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَلَمْ يَفِ ثُلُثُ مَالِهِ بِقِيَمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، لَمْ يَغْتَقِ إِلَّا نَصِيبُهُ . بِإِخْلَافِ تَعْلَمُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا قَوْلًا شَاذًا ، أَوْ قَوْلَ مَنْ يَرَى السَّعَايَةَ ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا الثُّلُثُ الَّذِي اسْتَعْرِفَتْهُ قِيَمَةُ الشَّقْصِ ^(٢٠) ، فَيَبْقَى مُعْسِرًا ، بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ فِي صِحَّتِهِ شِقْصًا

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « الْمُعْتَق » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : ب . وَفِي م : « فَمَتَق » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « عَتَق » .

(١٧) فِي : أ : « فَيَعْتَق » . وَفِي ب : « يَعْتَق » .

(١٨) فِي : أ ، ب ، م : « النِّصْف » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « الْبَعْض » .

وهو مُعْسِرٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ ثُلُثُ مَالِهِ يَفْقَى بِقِيَمَةِ حَصَّةِ شَرِيكِهِ ، ففِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَسْرِي إِلَى تَصْيِبِ الشَّرِيكِ ، فَيَعْتِقُ الْعَبْدَ جَمِيعُهُ ، وَيُعْطَى الشَّرِيكُ قِيَمَةَ تَصْيِيبِهِ مِنْ ثُلُثِهِ ؛ لِأَنَّ ثُلُثَ الْمَالِ لِلْمُعْتَقِ الْمِلْكُ ^(٥) فِيهِ ثَأْمٌ ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالتَّبَرُّعِ وَالْإِغْتَاقِ وَغَيْرِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى مَالِ الصَّحِيحِ ، فَيَسْرِي عَنْقُهُ ، كَسِرَايَةِ عَتَقِ الصَّحِيحِ الْمُوسِرِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَعْتِقُ إِلَّا حَصَّتَهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَوْرَثِهِ يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، فَلَا يَفْقَى شَيْءٌ يُفْضَى مِنْهُ / وَهَذَا قَالِ الْأَوْزَاعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْمَيْتَ لَا يُضَارُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَا أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْرَثِهِ سَرَى ، وَمَا دَبَّرَهُ أَوْ وَصَّى بِعَتَقِهِ لَمْ يَسْرِ . وَقَالَ : الرَّوَايَةُ فِي سِرَايَةِ الْعَتَقِ حَالِ الْحَيَاةِ أَصَحُّ ، وَالرَّوَايَةُ فِي وَقُوفِهِ فِي التَّذْيِيرِ أَصَحُّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ ^(٦) فِي الْحَيَاةِ يَنْفَعُ فِي حَالِ مِلْكِ الْمُعْتَقِ ^(٧) وَصِحَّةِ تَصَرُّفِهِ ، وَتَصَرُّفُهُ فِي ثُلُثِهِ كَتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، وَأَمَّا التَّذْيِيرُ وَالْوَصِيَّةُ ، فَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَتَقُ بِهِ فِي حَالِ يَزُولِ مِلْكُ الْمُعْتَقِ وَتَصَرُّفَاتِهِ : وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٦٠ - مسألة : قَالَ : (وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا دَبَّرَ بَعْضُهُ ، وَهُوَ مَالِكٌ لِكُلِّهِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّهُ إِذَا دَبَّرَ بَعْضَ عَبْدِهِ ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَيَنْصَفْ عَبْدِي خُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ كَانَ النَّصْفُ ^(١) الْمُدَبَّرُ ثُلُثَ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، عَتَقَ ، وَلَمْ يَسْرِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ دَبَّرَهُ كُلَّهُ لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إِلَّا ثُلُثَهُ ، فَإِذَا لَمْ يُدَبَّرْ إِلَّا ثُلُثُهُ كَانَ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ كُلُّهُ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَفِي تَكْمِيلِ الْحُرِّيَّةِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُكْمَلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ يَرَوْنَ التَّذْيِيرَ كَالْإِغْتَاقِ فِي السَّرَايَةِ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِغْتَاقٌ لِبَعْضِ عَبْدِهِ ، فَعَتَقَ ^(٢) جَمِيعُهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ فِي حَيَاتِهِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَكْمَلُ ^(٣) الْعَتَقُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ ، فَلَا يَسْرِي ، كَتَغْلِيْقِهِ بِالصَّفَةِ .

(٥) ق ب م ، : : وَلِلْمَلِكِ .

(٦) ق م : : مُعْتَقٌ .

(٧) ق الْأَصْلُ : : الْعَتَقُ .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) ق أ ، ب : : فَيَعْتِقُ .

(٣) ق الْأَصْلُ : : يَكُونُ .

فصل : فأما إن أعتق بعض عبده في مَرَضِهِ ، فهو كِعَتَقٍ ^(٤) جَمِيعِهِ ، إن خَرَجَ من الثُّلُثِ عَتَقَ ^(٥) جَمِيعُهُ ، وإلَّا عَتَقَ منه بَقْدَرِ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ الإِغْتِقَاقَ في المَرَضِ كَالِإِغْتِقَاقِ في الصَّحَّةِ ، إلَّا في اغْتِبَارِهِ من الثُّلُثِ ، وَتَصَرُّفِ المَرِيضِ في ثُلَاثِهِ في حَقِّ الأَجْنَبِيِّ ، كَتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ في جَمِيعِ مَالِهِ ، ^(٦) كَالوِ أَعْتَقَ شِرْكَاهُ في عِبْدِهِ ، وَثُلَاثُهُ يَحْتَمِلُ جَمِيعَهُ ^(٧) . وعنه ، لا يَعْتَقُ منه إلَّا مَا عَتَقَ ^(٨) .

فصل : وإذا دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّتَهُ ، صَحَّ ، ولم يُلْزَمْهُ في الحَالِ لِشَرِيكِهِ شَيْءٌ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ، فإذا مات ، عَتَقَ الجزءُ الذي دَبَّرَهُ ، إذا خَرَجَ من ثُلُثِ مَالِهِ . وفي / ١٨٤/١١ سِرَائَتِهِ إلى تَصْيِبِ الشَّرِيكِ مَا ذَكَرْنَا في المَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ^(٩) . وقال مالكٌ : إذا دَبَّرَ تَصْيِبَهُ ، ثَقَاوَمَاهُ ، فَإِنْ صَارَ لِلْمُدَبِّرِ ، صَارَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ ، وَإِنْ صَارَ لِلْآخَرِ ، صَارَ ^(١٠) رَقِيقًا كُلَّهُ . وقال اللَّيْثُ : يَغْرَمُ المُدَبِّرُ لِشَرِيكِهِ قِيمَةَ تَصْيِبِهِ ، وَيَصِيرُ الْعَبْدُ كُلُّهُ مُدَبَّرًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، سَعَى الْعَبْدُ في قِيمَةِ تَصْيِبِ الشَّرِيكِ ، فإذا أَدَاها ، صَارَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ . وقال أبو يوسُفَ ، ومُحَمَّدٌ : يَضْمَنُ المُدَبِّرُ لِلشَّرِيكِ قِيمَةَ حَقِّهِ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، وَيَصِيرُ المُدَبَّرُ لَهُ . وقال أبو حَنِيفَةَ : الشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ ؛ إِنْ شَاءَ دَبَّرَ ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْقَى الْعَبْدَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ صَاحِبَهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَغْلِيْقٌ لِلْعَتَقِ عَلَى صِفَةٍ ، فَصَحَّ في تَصْيِبِهِ ، كَالوِ عُلَّقَهُ بِمَوْتِ شَرِيكِهِ .

١٩٦١ - مسألة : قال : (وَلَوْ أَعْتَقَهُمْ ، وَثُلَاثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ ، فَأَعْتَقْنَاهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ ذَنْبٌ يَسْتَعْرِقُهُمْ ، بَغَانَهُمْ فِي ذَنْبِهِ)

وجملته أن المريض إذا أعتق عبيده في المرض ، أو دبرهم ، أو وصى بعينهم ،

(٤) في الأصل : « كعتقه » .

(٥) في الأصل : « أعتق » .

(٦-٦) جاء هذا في إبعده قوله : « بقدر الثلث » . السابق .

(٧) في م : « وقبلها » .

(٨) سقط من : ١ .

ومات^(١)، وهم يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلَيْثِهِ فِي الظَّاهِرِ، فَأَعْتَقْنَاهُمْ، ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ^(٢) ذَيْنَ يَسْتَعْرِقُ التَّرَكَّةَ، تَبَيَّنَا بَطْلَانُ عِتْقِهِمْ، وَبَقَاءُ رَقَبِهِمْ، فَيُبَاعُونَ فِي الدِّينِ، وَيَكُونُ عِتْقُهُمْ وَصِيَّةً، وَالذَّيْنِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ؛ وَلِهَذَا قَالَ عَلِيٌّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنْ الدِّينُ قَبْلُ الْوَصِيَّةِ^(٣). وَلَئِنْ الدِّينُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلِهَذَا تَبَاعُ التَّرَكَّةُ^(٤) فِي قَضَاءِ^(٥) الدِّينِ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَارٌ﴾^(٦). وَالْمِيرَاثُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ فِي الثَّلَاثِينَ، فَمَا تَقَدَّمَ عَلَى الْمِيرَاثِ، يَجِبُ أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى الْوَصِيَّةِ. وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَرَدَّ ابْنُ أَبِي لَيْلَى عَبْدًا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَعَلَيْهِ ذَيْنَ. قَالَ أَحْمَدُ: أَحْسَنَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى. وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ، عَنْ أَحْمَدَ، رَوَاةً فِي الَّذِي يُعْتَقُ عَبْدُهُ فِي مَرَضِهِ وَعَلَيْهِ ذَيْنَ، أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ، وَيُرَدُّ الْبَاقِي. وَقَالَ قَتَادَةُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَإِسْحَاقُ: يَسْتَعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ. وَلَنَا، أَنَّهُ تَبَرَّعَ^(٧) فِي مَرَضٍ مَوْتُهُ/ بِمَا يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ، فَقَدَّمَ عَلَيْهِ الدِّينَ، كَالْهَبِيَّةِ، وَلَئِنَّهُ مُعْتَبَرٌ^(٨) مِنَ الثَّلَاثِ، فَقَدَّمَ عَلَيْهِ الدِّينَ، كَالْوَصِيَّةِ، وَخَفَاءُ الدِّينِ لَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُ حُكْمِهِ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْغَرِيمُ اسْتِيفَاءَهُ. فَعَلِيَ هَذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ وَقَدْ اسْتَحَقَّهُمُ الْغَرِيمُ بِذَنْبِهِ، فَلَمْ يَنْفِذْ عِتْقَهُ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ مَلِكٌ غَيْرَهُ. فَإِنْ قَالَ الْوَرَثَةُ: نَحْنُ نَقْضِي الدِّينَ، وَنُمْضِي الْعِتْقَ. ففِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، لَا يَنْفِذُ حَتَّى يَنْفِذُوا^(٩) الْعِتْقَ؛ لِأَنَّ الدِّينَ كَانَ مَانِعًا مِنْهُ، فَيَكُونُ بَاطِلًا، وَلَا يَصِحُّ بَزْوَالِ الْمَانِعِ بَعْدَهُ^(١٠). وَالثَّانِي، يَنْفِذُ الْعِتْقَ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْهُ لَمْ يَأْهَرْ الدِّينَ، فَاذَا سَقَطَ وَجَبَ نَفْذُهُ، كَمَا لَوْ اسْقَطَ الْوَرَثَةُ حُقُوقَهُمْ مِنْ ثُلَاثِي التَّرَكَّةِ، نَفَذَ الْعِتْقَ فِي الْجَمِيعِ. وَلَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ

١٨٤/١١ ط

(١) في م زيادة: «ثم ظهر عليه دين».

(٢-٣) في م: «ظهر عليه».

(٣) تقدم تحريمه، في: ٣٩٠/٨.

(٤-٥) في الأصل: «لقضاء».

(٥) سورة النساء ١١

(٦) في الأصل: «ينزع».

(٧) في م: «يعتبر».

(٨) في ١، ب، م: «يبتدئوا».

(٩) سقط من: الأصل.

وَجِهَان ، كَهَذَيْنِ . وقالوا : إن أَصَلَ الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا تَصَرَّفَ الْوَرَثَةُ فِي التَّرَكَةِ بَيْنَ أَوْ غَيْرِهِ ، وَعَلَى الْمَيِّتِ ذَيْنِ ، وَقَصَبَى الدَّيْنِ ، هَلْ يَنْفَعُ ؟ فِيهِ وَجْهَان .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ ثَلَاثَةَ أَعْيَدٍ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، ^(١٠) «فَأَقْرَعَ الْوَرَثَةُ» ، فَأَعْتَقُوا وَاحِدًا ، وَأَرْقُوا اثْنَيْنِ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ ذَيْنِ يَسْتَعْرِقُ نِصْفَهُمْ ، فِيهِ وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ الْقُرْعَةُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ شَرِيكَ فِي الْإِقْرَاعِ ، فَإِذَا حَصَلَتِ الْقِسْمَةُ مَعَ عَدَمِهِ كَانَتْ بَاطِلَةً ، كَمَا الْقِسْمُ شَرِيكَانِ دُونَ شَرِيكَيْهِمَا الثَّلَاثِ . الثَّانِي ، يَصِحُّ الْإِقْرَاعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِمْضَاءَ ^(١١) الْقِسْمَةِ ، وَإِفْرَادَ حِصَّةِ الدَّيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ ، لِأَنَّ الْقُرْعَةَ دَخَلَتْ لِأَجْلِ الْعِتْقِ دُونَ الدَّيْنِ ، فَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : اقْضُوا ثُلْثِي الدَّيْنِ . وَهُوَ بِقَدْرِ قِيَمَةِ نِصْفِ الْعَبْدَيْنِ اللَّذَيْنِ بَقِيََا ، إِمَّا مِنَ الْعَبِيدِ ، وَإِمَّا مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَيَجِبُ رَدُّ نِصْفِ الْعَبْدِ الَّذِي عَتَقَ ، فَإِذَا كَانَ الَّذِي أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، أَقْرَعْنَا ^(١٢) بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَكَانَ بِقَدْرِ سُدْسِ التَّرَكَةِ ، عَتَقَ ، وَبِيعَ الْآخَرُ فِي الدَّيْنِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ السُّدْسِ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلَ ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخِرِ ثَمَامَ السُّدْسِ .

١٩٦٢ - مسألة : قال : (وَلَوْ أَعْتَقَهُمْ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، / فَأَعْتَقْنَا مِنْهُمْ وَاحِدًا ؛ ١٨٥/١١
لِعَجَزِ ثُلْثِهِ عَنْ أَكْثَرِ مِنْهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلْثِهِ ، عَتَقَ مَنْ أَرَقَ مِنْهُمْ)

وَجَمَلُهُ أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ ثَلَاثَةً فِي مَرَضِهِ ، لَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، أَوْ دَبَّرَهُمْ ، أَوْ وَصَّى بِعِتْقِهِمْ ، لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُمْ إِلَّا ثُلُثَهُمْ ، وَيَرَقُ الثَّلَاثَانِ ، إِذَا لَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ عِتْقَهُمْ ، فَإِذَا فَعَلْنَا ذَلِكَ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ ^(١) بِقَدْرِ ثُلْثِيهِمْ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُمْ قَدْ عَتَقُوا مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُمْ ، أَوْ مِنْ حِينَ مَوْتِهِ إِنْ كَانَ دَبَّرَهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَتَصَرَّفَ ^(٢) الْمَرِيضِ فِي ثُلْثِ مَالِهِ جَائِزٌ نَائِذٌ ، وَقَدْ بَانَ أَنَّهُمْ ثُلْثُ مَالِهِ ، وَخَفَاءُ ذَلِكَ عَلَيْنَا لَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ مُوجُودًا ، فَلَا يَمْنَعُ كَوْنُ الْعِتْقِ وَإِقْعًا . فَعَلِ

(١٠-١١) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : انقضاء .

(١٢) في الأصل : أقرع .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في : أ وتصريف .

هذا ، يكون حكمهم الأحرار من حين أعتقهم ، فيكون كسبتهم لهم . وإن كانوا قد
تصرف فيهم ببيع ، أو هبة ، أو زهر ، أو تزويج بغير إذن ، كان ذلك باطلا . وإن كانوا قد
تصرفوا ، فحكم تصرفهم حكم تصرف الأحرار ، فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده ،
كان نكاحه صحيحا ، والمهر عليه واجب ، وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم ، عتق
ثلثهم ؛ لأنه ^(٣) ثلث جميع المال ، فيفرع بين الاثنين اللذين أوقفناهما ، فيعتق أحدهما ،
ويرق الآخر ، إن كانا متساويين في القيمة . وإن ظهر له مال بقدر نصفهم ، عتق
نصفهم ، وإن كان بقدر ثلثهم ، عتق أربعة أساعيهم ، وكلما ظهر له مال ، عتق من
العبدین اللذين رقا بقدر ثلثه .

فصل : وإذا وصى بعنق عبد له يخرج من ثلثه ، وجب على الوصي إعتاقه ، فإن
أوصى بذلك ورثته ، لزمهم إعتاقه ، فإن امتنعوا ، أجبرهم السلطان ، فإن أصروا على
الامتناع ، أعتقه السلطان ، أو من يثوب منابه ، كالحاكم ؛ لأن هذا حق لله تعالى
وللعبد ، ومن وجب عليه ذلك ، ناب السلطان عنه أو نائبه ، كالزكاة ^(٤) والدُّيون . فإذا
أعتقه الوارث أو السلطان ، عتق ، وما اكتسبه في حياة الموصى ، (فهو للموصى) ،
يكون من جملة تركته إن بقي بعده ؛ لأنه / كسب عبده القن ، وما كسبه بعد موته وقبل
إعتاقه ، فهو للوارث . وقال القاضي : هو للعبد ؛ لأنه كسبه بعد استقرار سبب العنق
فيه ، فكان له ، ككسب المكاتب . وقال بعض أصحاب الشافعي : فيه قولان ، مبنيان
على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية . ولنا ، أنه عبد قن ، فكان
كسبه للورثة ، كغير الموصى بعنقه ، وكالمتعلق بعنقه بصفية ، وفارق المكاتب ؛ فإنه
يملك كسبه قبل عتقه ، وكذلك بعده . وبطل ما ذكره بأمر الولد ؛ فإن عتقها قد استقر
سببه في حياة سيدها ، وكسبها له . والموصى به لا تسلمه ، وإن سلمناه ، فالفرق
بينهما ، أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك ، وإنما وقف على شرط هو القبول ، فإذا

(٣) لم : لأنها .

(٤) ب : كالزكاة .

(٥-٥) سقط من : ١ .

وَجِدَ الشَّرْطَ ، اسْتَدَّ الْحُكْمُ إِلَى ابْتِدَاءِ السَّبَبِ ، وَفِي الْوَصِيَّةِ بِالْعَتَقِ ^(٦) مَا وَجَدَ السَّبَبُ ، وَإِنَّمَا أَوْصَى بِإِجَادِهِ ، وَهُوَ الْعَتَقُ ، فَإِذَا وَجَدَ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَّبِعَ حُكْمَهُ سَابِقًا عَلَيْهِ ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ أَنْ يَقْبَلَ بِنَفْسِهِ ، وَهَهُنَا لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ أَنْ يَغْتِقَ نَفْسَهُ . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ ^(٧) مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَقَبْلَ اعْتَاقِهِ ، فَمَا كَسَبَهُ لِلْوَرَثَةِ ، عَلَى قَوْلِنَا ، وَلَا أَعْلَمُ قَوْلَ مَنْ خَالَفَنَا فِيهِ .

فصل : فَإِنْ عَلَّقَ عَتَقَ عِبْدَهُ عَلَى شَرْطٍ فِي صِحَّتِهِ ، فَوُجِدَ فِي مَرَضِهِ ، اغْتَبَرَ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ ، قَالَ : وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى مِثْلِ هَذَا فِي الطَّلَاقِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَغْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّهِمُ فِيهِ ^(٨) ، فَأَشْبَهَ الْعَتَقَ فِي صِحَّتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَتَقَ فِي حَالٍ تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِنَتْنِ مَالِهِ ، فَاعْتَبَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَالْمُنَجَّرِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَتَّهِمُ فِيهِ . قُلْنَا : وَكَذَلِكَ الْعَتَقُ الْمُنَجَّرُ ، لَا يَتَّهِمُ فِيهِ ؛ فَإِنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَتَّهِمُ بِمُحَايَاةٍ غَيْرِ الْوَارِثِ ، وَتَقْدِيمِهِ عَلَى وَارِثِهِ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنْهُ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْوَرَثَةِ ، وَهَذَا حَاصِلُ هَهُنَا . وَلَوْ قَالَ : إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ ، وَأَنَا مَرِيضٌ ، / قَانَتْ ١١٨٦/١١ حُرٌّ . فَقَدِمَ وَهُوَ مَرِيضٌ ، كَانَ مُعْتَبَرًا مِنَ الثَّلَاثِ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

فصل : وَإِذَا اعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ . رَوَى هَذَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَأَبِي أُيُوبَ ، وَأَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ^(٩) . وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ ، وَالْحَكَمُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ حَمَّادٍ ، وَابْنِ أَبِي هِنْدٍ ، وَدَاوُدَ بْنَ أَبِي هِنْدٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحْمِي ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ : يَتَّبِعُهُ مَالُهُ ؛ لِمَا رَوَى نَافِعٌ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَالْمَالُ لِلْعَبْدِ » . رَوَاهُ

(٦) فِي النسخ : « وَبِالْعَتَقِ » .

(٧) فِي مِثْلِهِ : « نِجَادٌ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ ب .

(٩) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَتَّقِي الْعَبْدَ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْيُوعِ وَالْأَقْصِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٤١٧/٦ ، ٤١٨ . وَأَخْرَجَهُ ، عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَأَنَسَ ، عَبْدَ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْعَبْدِ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْيُوعِ . الْمُصَنَّفُ ١٣٤/٩ ، ١٤٥ . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَالِ الْعَبْدِ ، مِنْ كِتَابِ الْيُوعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٢٦/٥ .

الإمام أحمد ، بإسناده ^(١٠) ، وغيره ^(١١) . وَرَوَى حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ ، عَنْ أَبِي بَرْزَةَ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَانَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَعْزِضْ ^(١٢) لِمَالِهِ ^(١٣) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْأَنْزَرِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قَالَ لِلْعَلَاءِ بْنِ عُمَيْرٍ : يَا عُمَيْرُ ، إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَعْتِقَكَ عَنْقًا هَيِّئًا ، فَأَخْبِرْنِي بِمَا لَكَ ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ، أَوْ غُلَامَهُ ، فَلَمْ يُخْبِرْهُ بِمَا لِهَ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ » ^(١٤) . وَلَأنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ كَانَا جَمِيعًا لِلْسَيِّدِ ، فَازَالَ يَمْلِكُهُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، فَبَقِيَ يَمْلِكُهُ فِي الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ ، وَقَدْ ذَلَّ عَلَى هَذَا حَدِيثُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ » ^(١٥) الْمُتَبَاعُ ^(١٦) . فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : يَرْوَاهُ عُبيدُ اللَّهِ ^(١٧) بْنُ أَبِي جَعْفَرٍ مِنْ أَهْلِ مِصْرَ ، وَهُوَ ضَعِيفٌ فِي الْحَدِيثِ ، كَانَ صَاحِبَ فِقْهِ ، فَأَمَّا فِي الْحَدِيثِ فَلَيْسَ هُوَ فِيهِ بِالْقَوِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْوَلِيدِ ^(١٨) : هَذَا الْحَدِيثُ خَطَأٌ ، فَأَمَّا فِعْلُ ابْنِ عُمَرَ ، فَإِنَّهُ تَفَضَّلَ مِنْهُ عَلَى مُعْتَقِهِ . قِيلَ لِلْإِمَامِ أَحْمَدَ : كَانَ هَذَا عِنْدَكَ عَلَى التَّفَضُّلِ ^(١٩) ؟ فَقَالَ : إِي لَعَمْرِي عَلَى التَّفَضُّلِ ^(٢٠) . قِيلَ لَهُ : فَكَأَنَّهُ عِنْدَكَ لِلْسَيِّدِ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ ، لِلْسَيِّدِ ، مِثْلَ الْبَيْعِ ، سَوَاءٌ .

١٩٦٣ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ . فِي وَقْتِ سَمَائِهِ ، لَمْ يَغْنَقْ حَتَّى يَأْتِيَ ذَلِكَ الْوَقْتُ)

وجملة ذلك أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا عَلَّقَ عَنْقَ عَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ عَلَى مَجِيءِ وَقْتِ ، مِثْلَ قَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ

(١٠) سقط من : ١ .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ . وليس في المسند . وانظر : إرواء الغليل ١٧٢/٦ .

(١٢) في الأصل : « يتعرض » .

(١٣) انظر : تخریج الحديث السابق .

(١٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ .

(١٥) في : « يشترط » .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ٢٢٦/٦ .

(١٧) في ب ، م : « عبد الله » . وانظر : ميزان الاعتدال ٤/٣ .

(١٨) أي الطيالسي هشام بن عبد الملك ، أمير الحديثين ، متفق ، توفي سنة سبع وعشرين ومائتين . الأنساب ٢٨٣/٨ .

(١٩) في الأصل ، ١ : « التفضيل » .

في رأس/ الحَوْل . لم يَعْتَقِ حتى يَأْتِيَ رأسُ الحَوْل ، وله يَتَعَم ، وهَبْتُهُ ، وإِجَارَتُهُ ، ووُطْءٌ ١٨٦/١١
الْأُمَةِ . وبهذا قال الأَوْزَاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وابنُ الْمُثَنِّبِ . قال أحمدُ : إذا قال لَعَلَّامِهِ : أَنْتَ
حُرٌّ إِلَى أَنْ يَفْدَمَ فُلَانٌ ، وَصَجِيءٌ فُلَانٌ . واحدٌ ، و : إلى رأسِ السَّنَةِ ، وإلى رأسِ الشَّهْرِ .
إِنَّمَا يُرِيدُ إذا جاء رأسُ السَّنَةِ ، أو جاء رأسُ الهَلَالِ منه ، وإذا قال : أَنْتَ طَالِقٌ إذا جاء
الهَلَالُ . إِنَّمَا تَطْلُقُ إذا جاء رأسُ الهَلَالِ . وقال إسحاقُ كما قال أحمدُ . وَحَكِيٌّ عن مالكٍ ،
أَنَّهُ إذا قال لِعَبِيدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ في رأسِ الحَوْلِ . عَتَقَ في الحال . والذي ^(١) «حَكَاهُ ابْنُ الْمُثَنِّبِ
عنه ، أَنَّهَا إذا كانت جَارِيَةً ، لم يَطَّأَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ^(٢) ، وَلَا يَهَيُّهَا ^(٣) ، وَلَا
يَبِيعُهَا ^(٤) ، وَلَا يَلْخَقُهَا نَسَبٌ ^(٥) ، وإن مات السَّيِّدُ قَبْلَ الوَقْتِ ، كانت حُرَّةٌ عِنْدَ الوَقْتِ ،
من رأسِ المَالِ . وقد رَوَى عن أحمدَ ، أَنَّهُ لَا يَطَّوُّهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍ عَلَيْهَا . وَالْأَوَّلُ
أَصَحُّ ؛ لِمَارُوَيْ عَنْ أَبِي ذَرٍّ ، أَنَّهُ قَالَ لِعَبِيدِهِ : أَنْتَ عَتِيقٌ إِلَى رَأْسِ الحَوْلِ ^(٦) . فَلَوْلَا أَنَّ الْعَتِيقَ
يَتَعَلَّقُ ^(٧) بِالْحَوْلِ ، لَمْ يَتَّعَلِّقْهُ عَلَيْهِ ^(٨) ، وَلَئِنَّهُ عَلَّقَ الْعَتِيقَ بِصِفَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَّعَلَّقَ بِهَا ، كَالْوِ
قَالَ : إِذَا أَدْنَيْتَ إِلَى الْفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَاسْتَحَقَّهَا لِلْعَتِيقِ لَا يَمْنَعُ الْوُطْءُ ، كَالِاسْتِيلَادِ ،
وَلَا يَلْزَمُ الْمُكَاتَبَةُ ، لِأَنَّهَا اشْتَرَتْ نَفْسَهَا مِنْ سَيِّدِهَا بِعَوَضٍ ، وَزَالَ مِلْكُهُ عَنْ
أَكْسَابِهَا ^(٩) ، بِخِلَافِ مَسَائِلَتِنَا .

فصل : وإذا جاء الوقت وهو في مِلْكِهِ ، عَتَقَ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ خَرَجَ عَنْ
مِلْكِهِ ؛ يَبِيعُ ، أَوْ مِيرَاثَ ، ^(١٠) أَوْ هِبَةً ^(١١) ، لم يَعْتَقِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ . وقال
التَّحْمِي ، وابنُ أَبِي لَيْلَى : إذا قال لِعَبِيدِهِ : إِنْ فَعَلْتَ كَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَبَاعَهُ يَبِيعَا

(١-١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : ؛ بِسَبِيهِ رَقِ ؛ .

(٥) تقدم تخريجه ، في ٤١٠/١٠ .

(٦) في الأصل : ؛ تعلق ؛ .

(٧) في م زيادة : ؛ لعدم فائدته ؛ .

(٨) في الأصل : ؛ اكسابها ؛ .

(٩-٩) سقط من : الأصل ، ب .

صَحِيحًا ، ثم فَعَلَ ذلك الْفِعْلَ ، عَتَقَ ، وَاتَّقَضَ الْبَيْعُ . قال ابنُ أَبِي لَيْلَى : إِذَا حَلَفَ بِالطَّلَاقِ : لَا كَلَمْتُ فُلَانًا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاقًا بَاطِلًا ، ثُمَّ كَلَّمَهُ ، حَنِثَ . وَعَامَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى خِلَافِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « لَا طَّلَاقَ وَلَا عَتَاقَ وَلَا بَيْعَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ » (١٠) . وَلَئِنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ ، فَلَمْ يَقْعْ طَلَاقُهُ وَلَا عَتَاقُهُ ، / كَالْوَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ مُتَقَدِّمٌ (١١)

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ : إِنَّ لَمْ أَضْرِبْكَ عَشْرَةَ أَسْوَاطٍ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَمْ يَنْوِ تَقَاتِبِعَيْنِهِ ، لَمْ يَغْتِقْ حَتَّى يَمُوتَ (١٢) وَلَمْ يُوجِدِ الضَّرْبُ (١٣) ، وَإِنْ بَاعَهُ قَبْلَ ذَلِكَ ، صَحَّ بَيْعُهُ ، وَلَمْ يُفْسَخْ (١٤) . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ ، فَإِنْ بَاعَهُ ، فَسِيخَ الْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَاعَهُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، فَصَحَّ وَلَمْ يَنْفَسَخْ ، كَالْوَقَالِ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَبَاعَهُ قَبْلَ دُخُولِهَا .

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَبَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، وَدَخَلَ الدَّارَ ، عَتَقَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَغْتِقُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَه فِيهِ مُتَأَخَّرٌ عَنْ عَقْدِ الصِّفَةِ ، فَلَمْ يَقْعِ الْعِتْقُ فِيهِ ، كَالْوَقْدِ الصِّفَةِ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِه عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عُلِقَ الصِّفَةُ فِي مِلْكِه ، وَتَحَقَّقَ الشَّرْطُ فِي مِلْكِه ، فَوَجَبَ أَنْ يَخْتَنَ ، كَالْوَلَمْ يُزَلْ مِلْكَه عَنْهُ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا عُلِقَ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِه (١٥) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَجَزَّ الْعِتْقُ لَمْ يَقْعِ ، فَإِذَا عُلِقَ كَانَ أَوَّلَى بَعْدَ الْوُقُوعِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . فَأَمَّا إِنْ دَخَلَ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِهِ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، وَدَخَلَ الدَّارَ ، فَلَمْتَصُوصٌ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَغْتِقُ . وَذَكَرَ عَنْهُ ، رَوَايَةُ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَغْتِقُ . وَرَوَى عَنْهُ فِي الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ يَقْعُ ؛ لِأَنَّ التَّعْلِيلَ وَالشَّرْطَ وَجَدَا فِي مِلْكِه ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَخْلُهَا دَخُولَ . وَوُجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعِتْقَ مُعْلَقٌ عَلَى شَرْطٍ لَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ ، فَإِذَا وَجِدَ مَرَّةً ، انْحَلَّتِ الْيَمِينُ ، وَقَدْ وَجَدَ الدُّخُولُ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ ، فَلَمْ يَقْعِ الْعِتْقُ

(١٠) تقدم تحريمه ، في : ٢٦/٦ .

(١١) في الأصل : « مقدم » .

(١٢-١٣) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٣) في ب ، م : « ينفسخ » .

(١٤) في م زيادة : « وتحقق الشرط في ملكه » .

به بعد ذلك ، ويفارق العتاق الطلاق ، من حيث إن النكاح الثاني يثبت على النكاح الأول ؛ بدليل أن طلاقه في النكاح الأول يحسب عليه في النكاح الثاني ، وينقص به عدد طلاقه ، والملك باليمين بخلافه .

فصل : وإذا قال لعبيده مقيّد : هو حرّ إن حلّ قيده . ثم قال : هو حرّ إن لم يكن في / ١٨٧/١١ ط
قيده عشرة أرتال . فشهد شاهدان عند الحاكم ، أن وزن قيده خمسة أرتال ، فحكم بعنقه ، وأمر بحلّ قيده ، فوزن^(١٥) فوجد وزنه عشرة أرتال ، عتق العبد بحلّ قيده ، وتبيننا أنه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعنقه به . وهل يلزم الشاهدان ضمان^(١٦) قيمته ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، أنه يلزمهما ضمانها ؛ لأنّ شهادتهما الكاذبة سبب عنقه وإثلافه ، فضمناه ، كالشهادة المرجوع عنها ، ولأنّ عنقه حصل بحكم الحاكم المبيّن على الشهادة الكاذبة ، فأشبه الحكم بالشهادة التي يرجع عنها . وهذا قول أبي حنيفة . والثاني ، لا ضمان عليهما^(١٧) ، وهو قول أبي يوسف ، وعمره ؛ لأنّ عنقه لم يحصل بالحكم المبيّن على شهادتهما ، وإنما حصل بحلّ قيده ، ولم يشهدا به ، فوجب أن لا يضمنّا ، كما لو لم يحكم الحاكم .

فصل : وإن قال لعبيده : أنت حرّ متى شئت . لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فمضى شاء عتق ، سواء كان على الفور أو التراخي . وإن قال : أنت حرّ إن شئت . فكذلك . ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس ؛ لأنّ ذلك بمنزلة التخيير ، ولو قال لإمرأته : اختاري نفسك . لم يكن لها الاختيار إلا على الفور ، فإن تراخى ذلك ، بطل خيارها ، كذا تعليلقه بالمثبثة من غير أن يقره بزمن يدلّ على التراخي . وإن قال : أنت حرّ كيف شئت . احتمل أن يعتق في الحال . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنّ « كيف » لا تقتضي شرطاً ولا وقتاً ولا مكاناً ، فلا تقتضي توقيف العتق ، وإنما هي صفة للحال^(١٨) ، فتقتضي وقوع الحرية

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في الأصل زيادة : عتق .

(١٧) في ب ، م : عليها .

(١٨) في الأصل : في الحال .

على أى حال شاء . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَغْتَقِ حَتَّى يَشَاءَ . وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ؛ لأنَّ
 الْمَشِيئَةَ تَقْتَضِي الْخِيَارَ ، فَتَقْتَضِي أَنْ لَا يَغْتَقِ قَبْلَ اخْتِيَارِهِ ، كما لو قال : أَنْتَ حُرٌّ مَتَى
 شِئْتَ . لأنَّ « كَيْفَ » تُعْطِي « مَاتُعْطَى »^(١٩) « مَتَى » ، و « أَيْ » ، فَحُكْمُهُمَا أَحْكُمُهُمَا .
 وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق ، أنه إذا قال لزوجته : / أَنْتِ طَالِقٌ مَتَى شِئْتَ ، وكيف
 شِئْتَ ، وحيثُ شِئْتَ . لم تطلق حتى تشاء ، فيجىء ههنا مثله .

فصل : وتعليق العتق على أداء شيء ، ينقسم ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، تعليق^(٢٠) على
 صفة محضة ، كقوله : إِنْ أَدَيْتَ إِلَى الْفَأْ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فهذه صفة لازمة ، لا سبيل إلى
 إبطالها ؛ لأنه الزمها نفسه طوعاً ، فلم يملك إبطالها ، كما لو قال : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ،
 فَأَنْتَ حُرٌّ . ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها ، لم تبطل ؛ لذلك^(٢١) . ولو أبرأه^(٢٢) السيد
 من الألف ، لم يعتق بذلك ، ولم يبطل الشرط ؛ لأنه لا حق له في ذمته يبرئه منه ، وإنما هو
 تعليق على شرط محض . وإن مات السيد ، انفسخت الصفة ؛ لأن ملكه زال عنه ، فلا
 ينفذ عتقه في ملك غيره . وإن زال ملكه يبيع أو هبته ، زالت الصفة ، فإن عاد إلى ملكه ،
 عادت^(٢٣) ، كما ذكرنا فيما قبل . ومتى وجدت الصفة ، عتق ، ولم يحتاج إلى تجديد
 إعتاق من جهة السيد ؛ لأنه إزالة ملك معلق^(٢٤) على صفة ، وهو قابل للتعليق ، فيوجد
 بوجود الصفة ، كالطلاق ، وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط ، فهو لسيدته ؛ لأنه لم
 يوجد عقد يمنع كونه كسبه لسيدته ، إلا أن ما يأخذه السيد منه ، يحسبه من الألف التي
 أداها ، فإذا كمل أداؤها عتق ، وما فضل في يده لسيدته . وإن كان المعلق عتقه أمة ،
 فولدت ، لم يتبناها ولدها . في أحد الوجهين ؛ لأنها أمة قرن ، فأشبهت مالو قال : إِنْ دَخَلْتَ
 الدَّارَ ، فَأَنْتِ حُرَّةٌ . ولا تجب عليها قيمة نفسها ؛ لأنه عتق من السيد بصفة ، فأشبهت مالو

(١٩-١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في ب ، م : تعليقه .

(٢١) في م : بذلك .

(٢٢) في الأصل : أبرأه .

(٢٣) في ١ ، ب ، م : عاد .

(٢٤) في الأصل : معلق . وفي ب : تعلق .

بِاشْرَ عَتَقَهَا^(٢٥) . وَلَا يَعْتَقُ حَتَّى يُودَى الْأَلْفَ بِكَمَالِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ مِنْ أَصْلِنَا ، أَنَّ الْعِتْقَ الْمُعْلَقَ بِصِفَةٍ يَوْجَدُ بِوُجُودِ بَعْضِهَا ، كَالْوَقَال : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ أَكَلْتَ رَغِيفًا . فَأَكَلَ بَعْضَهُ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ، لَوْجُوهٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ أَدَاءَ الْأَلْفِ شَرْطُ الْعِتْقِ ، وَشَرْطُ الْأَحْكَامِ يُعْتَبَرُ وَجُودُهَا بِكَمَالِهَا الثَّبُوتِ الْأَحْكَامِ ، وَتَنْتَفِي بِائْتِفَائِهَا ، بِدَلِيلِ سَائِرِ شُرُوطِ الْأَحْكَامِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا عُلِقَ عَلَى / وَصِفٍ ذِي عَدَدٍ ، فَالْعَدَدُ وَصِفٌ فِي الشَّرْطِ ، وَمَتَى عُلِقَ الْحُكْمُ عَلَى شَرْطٍ ذِي^(٢٦) وَصِفٍ ، لَا يَثْبُتُ مَا لَمْ تَوْجِدِ الصَّفَةَ ، كَالْوَقَالِ لِعِيْدِهِ : إِنْ خَرَجْتَ عَارِيًا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَخَرَجَ لِإِسَاءٍ ، لَا يَعْتَقُ ، فَكَذَلِكَ الْعَدَدُ . الثَّلَاثُ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي اللَّفْظِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْكُلِّ ، لَمْ يَحْتَسْبِ يَفْعَلِ الْبَعْضُ . وَكَذَلِكَ لَوْ خَلَفَ : لَا صَلَّيْتُ صَلَاةً . لَمْ يَحْتَسْبِ حَتَّى يَقْرَأَ مِمَّا يُسَمَّى صَلَاةً . وَلَوْ خَلَفَ : لَا صُمْتُ صِيَامًا . لَمْ يَحْتَسْبِ حَتَّى يَصُومَ يَوْمًا^(٢٧) . وَلَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ حَضَبْتَ حَيْضَةً^(٢٨) ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . لَمْ يُطْلَقْ حَتَّى تَطْهَرَ مِنَ الْحَيْضَةِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي هَذِهِ الْمَسَائِلَ وَنَظَائِرَهَا . وَذَكَرَ الْأَلْفَ هَهُنَا يَدُلُّ عَلَى إِزَادَتِهِ أَدَاءَ الْأَلْفِ^(٢٩) كَامِلَةً . الرَّابِعُ ، أَنَّنَا لَا نُسَلِّمُ هَذَا الْأَصْلَ الَّذِي ادَّعَاهُ ، وَأَنَّهُ إِذَا قَالَ لَهُ : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ أَكَلْتَ رَغِيفًا . لَمْ يَعْتَقُ بِأَكْلِ بَعْضِهِ ، وَإِنَّمَا إِذَا خَلَفَ لَا يَفْعَلُ شَيْعًا ، فَفَعَلَ بَعْضَهُ ، حَيْثُ ، فِي رِوَايَةٍ ، فِي مَوْضِعٍ يَحْتَمِلُ إِرَادَةَ الْبَعْضِ ، وَتَنَاقُلُهُ اللَّفْظُ ، كَمَنْ خَلَفَ لَا يَصَلِّي فَشَرَعَ فِي الصَّلَاةِ ، أَوْ لَا يَصُومُ فَشَرَعَ فِي الصِّيَامِ^(٣٠) . أَوْ لَا يَشْرَبُ مَاءً هَذَا الْإِنَاءُ فَشَرَبَ بَعْضَهُ . وَنَحْوُ هَذَا ؛ لِأَنَّ الشَّارِعَ فِي الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ ، قَدْ صَلَّى وَصَامَ ذَلِكَ الْجُزْءَ الَّذِي شَرَعَ فِيهِ ، وَالْقَدْرَ الَّذِي شَرِيَهُ مِنَ الْإِنَاءِ هُوَ مَاءُ الْإِنَاءِ ، وَقَرِينَةُ حَالِهِ تَقْتَضِي الْمَنْعَ مِنَ الْكُلِّ ، فَتَقْتَضِي الْأَمْتِنَاعَ مِنَ الْكُلِّ ، وَمَتَى فَعَلَ الْبَعْضَ ، فَمَا امْتَنَعَ مِنَ الْكُلِّ ، فَحِينَئِذٍ لَذَلِكَ . وَلَوْ خَلَفَ عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ ، لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِفِعْلِ الْجَمِيعِ .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : ه عَقَهُ .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : ذ فِي .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : صُومًا .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٩) فِي ١ : أَلْفٌ .

(٣٠) فِي ١ ، م : صُومٌ .

وفي مسائلنا ، تعليلُ الحررية على أداء الألف ، يقتضي وجود أدائها ، فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها ، كمن حلف كيودين ألفا ، لا^(٣١) يبرأ حتى يودّيها . الخامس ، أن موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة ، على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه ، فإن النبي ﷺ قال : « مَنْ قَالَ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، دَخَلَ الْجَنَّةَ »^(٣٢) . فلو قال بعضها مقتصرًا عليه ، لم يستحق إلا العقوبة . وقال : « مَنْ أَحْبَبَ أَرْضًا مَيْتَةً ، فَهِيَ لَهُ »^(٣٣) . فلو شرع في الإحياء ، لم تكن له . ولو قال في المسابقة : مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسِ إصَابَاتٍ ، / فهو سابق . فسبق إلى أربع ، لم يكن سابقًا . ولو قال : مَنْ رَدَّ ضَالِّيً ، فله دينار . فشرع في ردّها ، لم يستحق شيئًا . فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل ، وإنما الذي جاء عن أحمد ، في الأيمان ، في مَنْ حَلَفَ^(٣٤) على أَنْ^(٣٥) لَا يَفْعَلَ شَيْئًا ، ففعل بعضه ، يَحْنُتُ ؛ لأنَّ اليمين على التَّركِ يُقَصِّدُهَا الْمَنْعُ ، فَتَزَلَّتْ مَنْزِلَةُ النَّهْيِ ، وَالنَّهْيُ عَنْ فِعْلٍ شَيْءٌ يَقْتَضِي الْمَنْعَ مِنْ بَعْضِهِ ، بِخِلَافِ^(٣٥) تعليل المشروط على الشرط^(٣٥) . والله أعلم . القسم الثاني ، صفة جمعت معاوضة وصفة ، والمغلب فيها حكم المعاوضة ، وهي الكتابة^(٣٦) الصَّحِيحَةُ ، فهي مساوية للصَّفة المَحْضَةُ في العتق لوجودها^(٣٧) ، وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه ، وأنَّ الولاء لسيده ، وتخالفها في أنه^(٣٨) لو أبرأه^(٣٩) السيّد من المال يرى منه ، وعَتَقَ ؛ لأنَّ دِمَّتَهُ مَشْغُولَةٌ بِهِ ، فَبَرِئَ مِنْهُ بِإِبْرَائِهِ ، كَتَمَنِ الْمَبِيعِ ، وَلَا يَنْفَسِخُ

(٣١) في ب ، م ، ن : لم .

(٣٢) تقدم ترجمته ، في : ٤٤٦/١٠ .

(٣٣) تقدم ترجمته ، في : ١٤٩/٩ .

(٣٤-٣٥) سقط من : م .

(٣٥-٣٥) في الأصل : تعليل الشروط على المشروط .

(٣٦) في الأصل : الكفاية .

(٣٧) في أ ، ب ، م ، ن : بوجودها .

(٣٨) في الأصل : أنها .

(٣٩) في الأصل : برأه .

بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَلَا يَبِيعُ الْمُكَائِبِ ، وَلَا هَيْبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ ^(٤٠) مُعَاوَضَةٌ ^(٤١) لَازِمٌ ، أَشْبَهَ
الْبَيْعَ ، وَمَا كَسَبَهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ ، وَمَا فَضَّلَ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ ، وَوَلَدُ الْمُكَائِبَةِ
الَّذِينَ ^(٤٢) وَلَدَتْهُمْ فِي الْكِتَابَةِ ^(٤٣) ، يَغْتَقِبُونَ بِعَقْبِهَا . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، صِفَةُ فِيهَا
مُعَاوَضَةٌ ^(٤٤) ، وَالْمُعْلَبُ فِيهَا حُكْمُ الصَّفَةِ ، وَهِيَ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ ، نَحْوُ الْكِتَابَةِ عَلَى
مَجْهُولٍ ، أَوْ نَجْمٍ وَاحِدٍ ، أَوْ مَعَ إِخْلَالٍ ^(٤٥) شَرِطَ مِنْ شُرُوطِ الْكِتَابَةِ ، فَتَسَاوَى الصَّفَةُ
الْمَحْضَةُ وَالْكِتَابَةُ الصَّحِيحَةُ ^(٤٦) فِي أَنَّهُ لَا يَغْتَقِبُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعْلَقٌ عَلَى شَرِطٍ ، وَلَا
تَلْزَمُهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ ، وَلَا يَبْطُلُ بِجُنُونِ الْمُكَائِبِ ، وَلَا الْحَجَرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ لِلرُّقَى لَا
يَمْنَعُ صِحَّةَ كِتَابَتِهِ ، فَلَا يَفْتَضِي خُدُوثُهُ إِبْطَالَهَا . وَإِنْ ^(٤٧) أَذَى حَالَ جُنُونِهِ ، عَقَقَ ؛ لِأَنَّ
الصَّفَةَ وَجَدَتْ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَغْتَقِبُ بِذَلِكَ ، وَيُفَارِقُهَا ^(٤٨) فِي أَنَّ لِلْسَّيِّدِ فَسْخُهَا
وَرَفْعُهَا ؛ لِأَنَّهَا فَاسِدَةٌ ، وَالْفَاسِدُ يُشْرَعُ رَفْعُهُ وَإِزَالَتُهُ ، وَيُفَارِقُ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ ، فِي أَنَّهَا
تَبْطُلُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَجُنُونِهِ ^(٤٩) ، وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ لِسَفَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنْ جِهَتِهِ ،
فَبَطُلَ بِهِذِهِ الْأُمُورُ ، كَالْوَكَالَةِ وَالْمُضَارَبَةِ ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ / : إِذَا وَسَّوسَ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ
الْمَوْتِ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا تَبْطُلُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ كِتَابِيٌّ ،
فَلَمْ ^(٥٠) يَبْطُلْ بِذَلِكَ ، كَالصَّحِيحَةِ ، وَيُفَارِقُ الصَّفَةَ الْمَحْضَةَ فِي أَنَّ كَسَبَ الْعَبْدِ قَبْلَ
الْأَدَاءِ لَهُ ، وَمَا فَضَّلَ ^(٥١) فِي يَدِهِ . بَعْدَ الْأَدَاءِ فَهُوَ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ ، وَيَتَّبِعُ الْمُكَائِبَةَ وَلَدَهَا ،
حَمَلًا لَهَا عَلَى الْكِتَابَةِ ^(٥٢) الصَّحِيحَةِ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فِيهِمَا . وَفِي الْآخَرِ ، لَا يَسْتَحِقُّ

(٤٠) فِي م : : عِنْدَ .

(٤١-٤٢) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ . ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ قَوْلِهِ : « وَلَا تَلْزَمُهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ » . الْآخَى . اضْطِرَاب .

(٤٣) فِي أ : : الَّذِي .

(٤٤) فِي ب : : الْمَكَايِبَةُ .

(٤٥) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ ، وَفِي أ : : اخْتِلَالٌ .

(٤٦) سَقَطَ مِنْ م .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ : : وَإِذَا .

(٤٨) فِي ب ، م : : وَيُفَارِقُهَا .

(٤٩) فِي الْأَصْلِ : : وَحَيَاتِهِ .

(٥٠) فِي الْأَصْلِ : : لَا .

(٥١-٥٢) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : : الْمَكَايِبَةُ .

كَسَبَهُ ، وَلَا يَتَّبِعُ الْمُكَاتِبَةَ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ بِالصَّفَةِ ، لَا بِالكِتَابَةِ . فَأَمَّا الْكِتَابَةُ بِمُحَرَّمٍ ؛ كَالْخَمْرِ ، وَالْخِنْزِيرِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : هِيَ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ ، حُكْمُهَا حُكْمُ مَا ذَكَرْنَا ، وَيَعْتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَعْتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ ، إِذَا كَاتَبَهُ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ ، فَأَذَى مَا كُتِبَ عَلَيْهِ ، عَتَقَ مَا لَمْ تَكُنِ الْكِتَابَةُ مُحَرَّمَةً . وَيَتَّبِعِي أَنْ يُقَالَ : إِنْ عَلَّقَ الْعِتْقُ عَلَى أَدَاءِ الْمُحَرَّمِ ، عَتَقَ بِهِ ، كَالْوَعْدِ عَلَى الْعِتْقِ عَلَى السَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ . وَإِنْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ عَلَى خَمْرٍ . لَمْ يَعْتَقْ بِأَدَائِهِ ، كَقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ ، عَتَقَ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِغَيْرِ شَرْطٍ ^(٥٢) ، وَجَعَلَ عَلَيْهِ عَوَضًا لَمْ يَقْبَلْهُ ، فَيَعْتَقُ ^(٥٣) ، وَلَمْ يَلْزِمْهُ الْأَلْفُ . هَكَذَا ذَكَرَ الْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا . وَنَقَلَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، قَالَ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، قِيلَ لَهُ : إِذَا قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ دِرْهِمٍ . قَالَ : جَيِّدٌ . قِيلَ لَهُ : فَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْعَبْدُ ؟ قَالَ : لَا يَعْتَقُ ، إِنَّمَا قَالَهُ ^(٥٤) لَهُ عَلَى أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِ أَلْفٌ دِرْهِمٍ ، فَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ ، فَلَا شَيْءَ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ . فَكَذَلِكَ . فِي ^(٥٥) إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ « عَلَى » لَيْسَتْ مِنْ أَدَوَاتِ الشَّرْطِ وَلَا الْبَدَلِ ، فَأَشْبَهَ قَوْلَهُ : وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . وَالثَّانِيَةِ ، إِنْ قَبِلَ الْعَبْدُ ، عَتَقَ ، وَلَزِمَتْهُ الْأَلْفُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ ، لَمْ يَعْتَقِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِعَوَضٍ ، فَلَمْ يَعْتَقِ بِدُونِ قَبُولِهِ ، كَالْوَقَالِ : أَنْتَ حُرٌّ بِأَلْفٍ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ « عَلَى » تُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ وَالْعَوَضِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ قَالَتْ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا ﴾ ^(٥٦) . وَقَالَ / تَعَالَى : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ ^(٥٧) . وَلَوْ قَالَ فِي التَّكَاجِ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي فَلَانَةَ ، عَلَى صَدَاقٍ خَمْسِمِائَةٍ

١٩٠/١١

(٥٢) فِي ب : « شَرْطُهُ » .

(٥٣) فِي أ ، ب : « فَعْتَقَ » .

(٥٤) فِي أ ، ب : « قَالَ » .

(٥٥) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(٥٦) سُورَةُ الْكَهْفِ ٦٦ .

(٥٧) سُورَةُ الْكَهْفِ ٩٤ .

دِرْهِمٍ . فَقَالَ الْآخَرُ : قَبِلْتُ . صَحَّ النُّكَاحُ ، وَبَيَّتَ الصَّدَاقُ . وَقَالَ الْفُقَهَاءُ : إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ لَهَا ، وَأَلْفٌ لِأَيِّهَا ، كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا . فَأَمَّا إِذَا^(٥٨) قَالَ : أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تُخْدَمَنِي سَنَةً . فَقَبِلَ ، فَفِيهَا رَوَاتَانِ ، كَالَّتِي قَبِلَهَا . وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَقْبَلِ الْعَبْدُ ، لَمْ يَغْتَنِقْ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا قَبِلَ الْعَبْدُ ، عَتَقَ فِي الْحَالِ ، وَلَزِمَتْهُ خِدْمَتُهُ سَنَةً . فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ كَمَالِ السَّنَةِ ، رُجِعَ عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَةِ مَا بَقِيَ مِنَ الْخِدْمَةِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُقَسِّطُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ عَلَى خِدْمَةِ السَّنَةِ ، فَيُقَسِّطُ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا مَضَى ، وَيُرْجَعُ عَلَيْهِ بِمَا بَقِيَ مِنْ قِيَمَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَتَقَ عَقْدٌ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ فِيهِ اسْتِيفَاءُ الْعَوَاضِ ، رُجِعَ إِلَى قِيَمَتِهِ ، كَالْخُلْعِ فِي النُّكَاحِ ، وَالصُّلْحِ فِي ذِمِّ الْعَمْدِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ ، عَلَى أَنْ تُعْطِنِي أَلْفًا . فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْتَنِقُ حَتَّى يَقْبَلَ ، فَإِذَا قَبِلَ ، عَتَقَ ، وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ^(٥٩) . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بِأَلْفٍ . لَمْ يَغْتَنِقْ حَتَّى يَقْبَلَ ، فَيَغْتَنِقَ ، وَيَلْزِمَهُ أَلْفٌ^(٦٠) .

فصل : وَإِذَا عُلِقَ عَتَقَ أَمَتُهُ بِصَفَةٍ ، وَهِيَ حَامِلٌ ، تَبِعَهَا وَلَدُهَا فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ كَعَضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَإِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ وُجُودِ الصَّفَةِ ، ثُمَّ وَجِدَتْ الصَّفَةَ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ فِي الصَّفَةِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو كَانِ فِي^(٦١) الْبَطْنِ . وَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا^(٦٢) حِينَ التَّعْلِيْقِ ، ثُمَّ وَجِدَتْ الصَّفَةَ وَهِيَ حَامِلٌ ، عَتَقَتْ هِيَ وَحَمْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَجَدَ فِيهَا وَهِيَ حَامِلٌ ، فَتَبِعَهَا وَلَدُهَا ، كَالْمُنْجَرِ . وَإِنْ حَمَلَتْ بَعْدَ التَّعْلِيْقِ ، وَلَدَتْ قَبْلَ وُجُودِ الصَّفَةِ ، ثُمَّ وَجِدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ يَغْتَنِقِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّ الصَّفَةَ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِهِ ، لِأَنَّ حَالَ التَّعْلِيْقِ ، وَلَا فِي حَالِ الْعِتْقِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ ، قِيَاسًا عَلَى وَلَدِ الْمُدْبَرَةِ . وَإِنْ بَطَلَتْ / الصَّفَةُ بِبَيْعٍ أَوْ مَوْتٍ ، لَمْ يَغْتَنِقِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَّبِعُهَا فِي الْعِتْقِ ، لَا فِي الصَّفَةِ ، فَإِذَا لَمْ تُوجَدْ فِيهَا ، لَمْ يُوجَدْ فِيهِ ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْمُدْبَرَةِ ؛ فَإِنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ ، فَإِذَا بَطَلَ فِيهَا ، بَقِيَ فِيهِ .

١٩٦٤ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا اسْلَمْتُ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ ، مُنِعَ مِنْ غَشْيَائِهَا ،

(٥٨) فِي الْأَصْلِ : إِنْ .

(٥٩) فِي ١ : أَلْفٌ .

(٦٠) فِي الْأَصْلِ : الْأَلْفُ .

(٦١) بَعْدَ هَذَا فِي زِيَادَةٍ : الصَّفَةُ فَأَشْبَهَ مَالُو كَانِ فِي .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : حَامِلًا . وَفِي ب : حَائِلًا .

وَالْتَلَدَ بِهَا ، وَأَجْبَرَ عَلَى تَفْقِئِهَا ، فَإِنْ أَسْلَمَ ، حَلَّتْ لَهُ ، وَإِذَا مَاتَ ، عَقَّتْ)

هذه المسألة يُؤخَّرُ شَرْحُهَا إِلَى بَابِ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ؛ فَإِنَّهُ الْبَقِيَّةُ .

١٩٦٥ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا قَالَ لِأُمِّهِ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيْنِي ، فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ اثْنَيْنِ ، أَقْرِعْ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ ، فَهُوَ حُرٌّ ، إِذَا اشْكَلَ أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُمَا اسْتَحَقَّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يُعْلَمْ بَعِيْنُهُ ، فَوَجِبَ إِخْرَاجُهُ بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَعَبِيدِهِ : أَخَذْكُمْ حُرٌّ . وَقَدْ سَبَقَ الْقَوْلُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . فَأَمَّا إِنْ عَلِمَ أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا ، فَهُوَ الْحُرُّ وَحْدَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبْنِ هَاشِمٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَتَقَادَةُ : إِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ ، فَهُمَا حُرَّانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا أُعْتِقَ الْأَوَّلُ ، وَالَّذِي عَرَجَ أَوَّلًا هُوَ أَوَّلُ الْوَلَدَيْنِ^(٢) ، فَاخْتَصَّ الْعِتْقُ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَلَدَتْهُمَا فِي بَطْنَيْنِ .

فصل : فَإِنْ وَلَدَتْ الْأَوَّلُ مَيِّتًا ، وَالثَّانِي حَيًّا ، فَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّهُ يَعْتِقُ الْحَيَّ مِنْهَا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَعْتِقُ وَاحِدَهُمَا . وَهُوَ الصَّحِيْحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْعِتْقَ إِنَّمَا وَجَدَ فِي الْمَيِّتِ ، وَلَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْعِتْقِ ، فَاتَّحَلَّتِ الْيَمِيْنُ بِهِ ، وَإِنَّمَا قُلْنَا : إِنْ شَرَطَ الْعِتْقَ إِنَّمَا^(٣) وَجَدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَلَدٍ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِأُمِّهِ : إِذَا وَلَدْتَ وَلَدًا^(٤) ، فَأَنْتِ حُرَّةٌ . فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ، عَقَّتْ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْعِتْقَ يَسْتَحِيلُ فِي الْمَيِّتِ ، فَتَعَلَّقَتِ الْيَمِيْنُ بِالْحَيِّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ ضَرَبْتَ فَلَانًا ، فَعَبْدِي حُرٌّ . فَضَرَبَهُ حَيًّا ، عَقَّتْ ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مَيِّتًا ، لَمْ يَعْتِقْ . وَلِأَنَّهُ مَعْلُومٌ مِنْ طَرِيقِ الْعَادَةِ ، أَنَّهُ قَصَدَ عَقْدَ يَمِيْنِهِ عَلَى وَلَدٍ يَصِحُّ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ حَيًّا ، فَتَصِيرُ الْحَيَاةُ مَشْرُوطَةً فِيهِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيْنِي حَيًّا / ، فَهُوَ حُرٌّ .

١٩١/١١

فصل : وَإِنْ قَالَ لِأُمِّهِ : كُلُّ وَلَدٍ تَلِدِيْنِي ، فَهُوَ حُرٌّ . عَقَّتْ كُلَّ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ . فِي قَوْلِ

(١) فِي ب : قُرْعَ .

(٢) فِي أ ، ب ، م : ذُو الْوُلُودَيْنِ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَوَّلُ ، أ ، ب .

جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ ، مِنْهُمْ ؛ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَالتَّوْرِيُّ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : وَلَا أُحْفَظُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . فَإِنْ بَاعَ الْأَمَةُ ، ثُمَّ وَلَدَتْ ، لَمْ يُعْتَقْ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُمْ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَوَّلُ غَلَامٍ أَمَلَكُهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . اثْبَتْنِي ذَلِكَ عَلَى الْعِتْقِ قَبْلَ الْمِلْكِ ، وَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا يَصِحُّ عِتْقُ أَوَّلِ مَنْ يَمْلِكُهُ . فَإِنْ مَلَكَ اثْنَيْنِ ، عَتَقَ أَحَدَهُمَا بِالْفَرْعَةِ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رَوَايَةٍ مُهَنَّا : إِذَا قَالَ : أَوَّلُ مَنْ يَطْلُعُ مِنْ عَبِيدِي ، فَهُوَ حُرٌّ . فَطَلَعَ اثْنَانِ ، أَوْ جَمِيعُهُمْ ، فَإِنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلِيَّةَ وَجَدَتْ فِيهِمَا جَمِيعًا ، فَتَثْبُتُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ، كَمَا قَالَ فِي الْمُسَابَقَةِ : مَنْ سَبَقَ ، فَلَهُ عَشْرَةٌ . فَسَبَقَ اثْنَانِ ، اشْتَرَكَا فِي الْعَشْرَةِ . وَقَالَ النَّحَّيْ : يُعْتَقُ أَيُّهُمَا شَاءَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا أَوَّلَ فِيهِمَا ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَاوٍ لِلْآخَرِ ، وَمِنْ شَرْطِ الْأَوَّلِيَّةِ سَبْقُ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَيْنِ لَمْ يَسْبِقْهُمَا غَيْرُهُمَا ، فَكَانَا أَوَّلَ ، كَالوَاحِدِ ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْأَوَّلِ أَنْ يَأْتِيَ بَعْدَهُ ثَانٍ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَلَكَ وَاحِدًا وَلَمْ يَمْلِكْ بَعْدَهُ شَيْئًا ، وَإِذَا كَانَتِ الصِّفَةُ مَوْجُودَةً فِيهِمَا ، فَأَمَّا أَنْ يُعْتَقَا جَمِيعًا ، أَوْ يُعْتَقَ أَحَدُهُمَا وَتُثْبِتَ الْفَرْعَةُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيهَا إِذَا قَالَ : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدُونِي ، فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ اثْنَتَيْنِ ، وَخَرَجَا^(٥) مَعًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِمَا كَذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : آخِرُ عَبْدٍ أَمَلَكُهُ ، فَهُوَ حُرٌّ . فَمَلَكَ عَبِيدًا ، لَمْ يُحْكَمْ بِعِتْقِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَتَّى يَمُوتَ ؛ لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا ، فَهُوَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ عَبْدًا يَكُونُ هُوَ الْآخِرَ ، فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَ آخِرُهُمْ^(٦) ، وَتَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا حِينَ مَلَكَهُ ، فَيَكُونُ اكْتِسَابُهُ^(٧) لَهُ . وَإِنْ كَانَتْ أَمَةٌ ، كَانَ أَوْلَادُهَا أَرْحَامًا مِنْ حِينِ وَلَدَتْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُ حُرَّةٍ . وَإِنْ كَانَ وَطَنُهَا ، فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطَنُ حُرَّةٍ أَجْنَبِيَّةٍ ، / وَلَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا حِينَ مَلَكَهَا ، حَتَّى يَمْلِكَ^(٨) بِهَا بَعْدَهَا غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَمْلِكْ بَعْدَهَا غَيْرَهَا ، فَهِيَ آخِرُ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يُزَوَّلُ^(٩) ذَلِكَ

(٥) فِي مَزَادَةٍ : جَمِيعًا .

(٦) فِي ب : الْآخِرُ .

(٧) فِي أ ، ب ، م : ذِكْرُ اسْمِهِ .

(٨) فِي الْأَصْلِ : يُزَوَّلُ .

بملك غيرها ، فوجب أن يحرم الوطء . وإن ملك اثنين ، دفعة واحدة ، ثم مات ، فالحكم في عتقهما ، كالحكم فيما إذا ملك اثنين في المسألة التي قبلها .

١٩٦٦ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ : اشتريني من سيدي بهذا المال ، فأعطني . ففعل ، فقد صار حراً ، وعلى المشتري أن يؤدي إلى البائع مثل الذي اشتراه به ، ولاؤه للذي اشتراه ، إلا أن يكون قال له : يعني بهذا المال . فيكون الشراء والعتق^(١) باطلاً ، ويكون السيد قد أخذ ماله)

وجملته أن العبد إذا دفع إلى أجنبي مالا ، وقال : اشتريني من سيدي بهذا المال ، فأعطني . ففعل ، لم يخل من أن يشتريه بعين المال ، أو في ذمته ، ثم يتقدّم المال ، فإن اشتراه في ذمته ، فأعتقه ، فالشراء صحيح ، والعتق جائز ؛ لأنه ملكه بالشراء ، فتقدّم عتقه له ، وعلى المشتري أداء الثمن الذي اشتراه به ؛ لأنه لزمه الثمن بالبيع ، والذي دفعه إلى السيد كان ملكاً له ، لا يكتسب^(٢) له به^(٣) من الثمن ، فيبقى^(٤) الثمن واجبا عليه ، يلزمه أدائه ، وكان العتق من ماله ، والولاء له . وبهذا قال الشافعي ، وابن المنذر . وأما إن اشتراه بعين المال ، فالشراء باطل ، والعتق غير واقع ؛ لأنه اشترى بعين مال غيره شيئا بغير إذنه ، فلم يصحّ الشراء ، ولم يقع العتق ؛ لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ، ويكون السيد قد أخذ ماله ؛ لأن ما في يد العبد محكوم به لسيده . وعلى الرواية التي تقول : إن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود . يصحّ البيع والعتق ، ويكون الحكم كالواشترائه في ذمته . ونحو هذا قال النحوي ، وإسحاق ، فإنهما قالوا : الشراء والعتق جائز^(٥) ، ويردّ المشتري مثل الثمن من غير تفريق . وقال الحسن : البيع والعتق باطل^(٦) . وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ، ويعاقب من

(١) في ب : : والبيع .

(٢) في ب : : يحسب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : : فيبقى .

(٥) في م : : جائز إن .

(٦) في م : : باطلان .

فَعَلَهُ ، مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ أَيْضًا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَفْتَضِي التَّفْرِيقَ ، وَفِيهِ تَوَسُّطٌ بَيْنَ الْمَذْهَبَيْنِ ، فَكَانَ أَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : ولو كان العبد بين شريكين ، فأعطى العبد أحدهما خمسين دينارًا ، على أن يعتق نصيبه منه ، فأعتقه ، عتق ، وسرى إلى باقيه إن كان موسرًا ، ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين ، ونصف قيمة العبد ؛ لأن ما في يد العبد يكون بين سيده ، لا يتفرده أحدهما ، إلا أن نصيب المعتق يتفد فيه العتق ، وإن كان العوض مستحقًا ، إذ لم يقع العتق^(٧) على غنيها ، وإنما سمي خمسين ثم دفعها إليه . وإن أوقع^(٨) العتق على غنيها ، يجب أن يرجع على العبد بقيمة^(٩) ما أعتقه بالعوض المستحق ، وسرى العتق إلى نصيب شريكه ، فيرجع بقيمته ، ويكون الولاء للمعتق .

فصل : ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه ، فقال الوكيل : نصيبى حر . عتق ، وسرى إلى نصيب شريكه ، والولاء^(١٠) له . وإن أعتق نصيب الموكّل ، عتق ، وسرى إلى نصيبه ، والولاء للموكّل . وإن أعتق نصف العبد ، ولم يتو شيئا ، احتمل أن يتصرف إلى نصيبه ؛ لأنه لا يحتاج إلى نية ، ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ، ولم يتو ذلك . ويحتمل^(١١) أن يتصرف إلى نصيب شريكه ؛ لأنه أمره بالإعتاق ، فالتصرف إلى ما أمر به . ويحتمل أن يتصرف إليهما ؛ لأنهما تساويا ، فالتصرف إليهما ، وإيهما حكمنا بالعتق عليه ، ضمن نصيب شريكه . ويحتمل أن لا يضمن ؛ لأن الوكيل إن أعتق نصيبه ، فسرى إلى نصيب شريكه ، لم يضمنه ، لأنه ما ذوّن له في العتق ، وقد عتق^(١٢) بالسراية ، فلم يضمن ، كمن أذن له في إيثلاف شيء ، فإنه لا يضمنه وإن أثلّفه بالسراية . وإذا أعتق نصيب شريكه ، لم يلزم شريكه الضمان ؛ لأنه مباشر لسبب الإيثلاف ، فلم يجب له ضمان ما أثلّف به ، كإلو قال له أجنبي : أعتق عبدك . فأعتقه . والله أعلم .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : وقع .

(٩) في م : بقيمة .

(١٠) في م زيادة : ويكون .

(١١) في م : واحتمل .

(١٢) في الأصل ، م : أعتق .

كتاب التَّذْيِيرِ

ومعنى التَّذْيِيرِ : تَعْلِيْقُ عَتَقِ عَيْدِهِ بِمَوْتِهِ . وَالْوَفَاةُ دُبُرُ الْحَيَاةِ ، يُقَالُ : دَابَرَ الرَّجُلُ يُدَايِرُ مُدَايَرَةً . إِذَا مَاتَ ، فَسُمِّيَ الْعَتَقُ بَعْدَ الْمَوْتِ تَذْيِيرًا ؛ لِأَنَّهُ اغْتَسَاقٌ ^(١) فِي دُبُرِ الْحَيَاةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ السُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ مَمْلُوكًا لَهُ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ ^(٢) ، فَاجْتَنَاجٌ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ يَشْتَرِيهِ ^(٣) مِنْنِي ؟ » . فَبَاعَهُ مِنْ نَعِيمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بِثَمَانِ مِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ . وَقَالَ : « أَنْتَ أَحْوَجُ مِنْهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَقَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ مَنْ دُبُرَ عَيْدِهِ أَوْ أَمْتَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى مَاتَ ، وَالْمُدَبِّرُ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ ، بَعْدَ قَضَاءِ ذَيْنَ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ ، وَانْفَادِ وَصَايَاهُ إِنْ كَانَ وَصَّى ، وَكَانَ السَّيِّدُ بِالْعَاجِزِ الْأَمْرِ ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَجِبُ لَهُ أَوْ لَا .

١٩٦٧ - مسألة ؛ قال (وَإِذَا قَالَ لِعَيْدِهِ أَوْ أَمْتِهِ : أَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أَوْ قَدْ دُبُرْتُكَ ،

(١) في الأصل : عتاق .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : يشريه .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب بيع المزايدة ، من كتاب البيوع ، وفي : باب من باع من مال المغلس ... ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب عتق المدبر ... ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب إذا أكره حتى وهب ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخاري ٩١/٣ ، ١٥٦ ، ١٨١/٨ ، ١٨٢ ، ٢٧/٩ . ومسلم ، في : باب الابتداء في النفقة بالنفس ... ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب جواز بيع المدبر ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٦٩٢/٢ ، ٦٩٣ ، ١٢٨٩/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع المدبر ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في بيع المدبر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢٥/٥ . والنسائي ، في : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٧/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٥/٣ ، ٣٠٨ ، ٣٦٩ . وانظر ما تقدم تحريجه ، في : ١٢٤/٩ .

أَوْ أَنْتَ خُرُّ بَعْدَ مَوْتِي . فَقَدْ صَارَ مُدَبِّرًا)

وجملة ذلك أنه إذا علّق صريح العتق بالموت ، فقال : أَنْتَ خُرُّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عِتْقِي ، أَوْ مُعْتَقٌ ، بَعْدَ مَوْتِي ^(١) . صار مُدَبِّرًا . بلا خلاف نعلمه . فأما إن قال : أَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتَكَ . فَإِنَّهُ يَصِيرُ ^(٢) مُدَبِّرًا بِنَفْسِ اللَّفْظِ ، مِنْ غَيْرِ انْتِقَادٍ إِلَى نِيَّةٍ . وَهَذَا مَنْصُوصٌ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي التَّذْيِيرِ ، وَيَقْتَضِي إِلَى النِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَفْظَانِ لَمْ يَكْثُرِ اسْتِعْمَالُهُمَا ، فَاقْتَضَى إِلَى النِّيَّةِ ، كَالِكِنَايَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا لَفْظَانِ وَضِعَا هَذَا الْعَقْدَ ، فَلَمْ يَقْتَضِ إِلَى النِّيَّةِ ، كَالْتَّبَعِ ، وَيُفَارِقُ الْكِنَايَاتِ ؛ فَإِنَّهَا غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لَهُ ، وَيُشَارِكُهَا فِيهِ غَيْرُهَا ، فَاقْتَضَتْ إِلَى النِّيَّةِ لِلتَّعْيِينِ ، وَيَرْجِعُ أَحَدُ الْمُحْتَمَلَيْنِ ، بِخِلَافِ الْمَوْضُوعِ .

فصل : وَيَعْتَقُ الْمُدَبِّرُ بَعْدَ الْمَوْتِ مِنْ ثَلَاثِ الْمَالَ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمَرَ ^(٣) . وَبِهِ قَالَ شَرِيعٌ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَكْحُولٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَاسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ^(٤) ، وَسُرُوقٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَالتَّحِيْمِيُّ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ / ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ ١٩٣/١١ رَأْسِ الْمَالَ ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ فَيَنْفُذُ ^(٥) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، كَالْعِتْقِ فِي الصَّحَّةِ ، وَعِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُبْرَغُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَكَانَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَالْوَصِيَّةِ ، وَيُفَارِقُ الْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ غَيْرُ الْمُعْتَقِ ، فَيَنْفُذُ ^(٦) فِي الْجَمِيعِ ، كَالْهَبَةِ الْمُنْجَزَةِ . وَقَدْ نَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَلَيْسَ عَلَيْهَا عَمَلٌ ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، رَجَعَ عَنْهُ أَحْمَدُ إِلَى مَا ثَقَّلَهُ الْجَمَاعَةُ .

فصل : وَإِنْ اجْتَمَعَ الْعِتْقُ فِي الْمَرَضِيِّ وَالتَّذْيِيرِ ، قُدِّمَ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ . وَإِنْ اجْتَمَعَ

(١) فِي الْأَصْلِ : هِ الْمَوْتِ .

(٢) بَعْدَ هَذَا فِي الْأَصْلِ : هِ هِ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَدْبَرِ مِنَ الثَّلَاثِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَدْبَرِ . السَّنَنُ الْكَبِيرُ ٣١٤/١٠ .

(٤) أَخْرَجَهُ سَعِيدُ بْنُ مَسْرُورٍ ، فِي : بَابِ الْمَدْبَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . السَّنَنُ ١٣٣/١ .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : هِ هِ فَيَنْفُذُ .

التَّذْيِيرُ وَالْوَصِيَّةُ بِالْعَتَقِ ، تَسَاوَا ، لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا عَتَقَ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ التَّذْيِيرُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَقَعُ فِيهِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَقَعُ عَلَى الْإِغْتِقِ بَعْدَهُ .

فصل : وَيَجُوزُ التَّذْيِيرُ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ؛ فَالْمُطْلَقُ تَغْلِيْقُ الْعَتَقِ بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ آخَرَ ، كَقَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَالْمُقَيَّدُ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، خَاصٌّ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ سَفَرِي هَذَا ، أَوْ فِي بَلَدِي هَذَا ، أَوْ عَامِي هَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَهَذَا جَائِزٌ عَلَى مَا قَالُ ، إِنْ مَاتَ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي شَرَطَهَا عَتَقَ الْعَبْدَ ، وَإِلَّا لَمْ يَعْتَقِ . وَقَالَ مُهَنَّا : سَأَلْتُ أَحْمَدَ بْنَ مَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ ^(٦) مُدَبِّرُ الْيَوْمِ ؟ قَالَ : يَكُونُ مُدَبِّرًا ذَلِكَ الْيَوْمَ ، فَإِنْ مَاتَ ذَلِكَ الْيَوْمَ ، صَارَ حُرًّا . يَعْنِي إِذَا مَاتَ الْمَوْلَى . وَالضَرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يَعْلُقَ التَّذْيِيرَ عَلَى صِفَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، أَوْ إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ ، أَوْ إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي ، فَأَنْتَ ^(٧) مُدَبِّرٌ ، أَوْ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فَهَذَا لَا يَصِيرُ مُدَبِّرًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ التَّذْيِيرُ عَلَى شَرْطٍ ، فَإِذَا وَجَدَ ، صَارَ مُدَبِّرًا ، وَعَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ الشَّرْطُ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، وَوُجِدَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ يَعْتَقِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الشَّرْطِ ^(٨) يَفْتَضِي وَجُودَهُ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ ^(٩) عُلِقَ عَلَيْهِ عِتْقًا مُنْجِزًا ، فَقَالَ : إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَدَخَلَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ يَعْتَقِ ، وَكَأَنَّ ^(١٠) لَوْ قَالَ لَوْ كَيْلِهِ : بَعْدَ عَيْدِي . فَمَاتَ الْمَوْكَلُ قَبْلَ بَيْعِهِ ، بَطَلَتْ وَكَالَتُهُ . وَلِأَنَّ الْمُدَبِّرَ مَنْ عُلِقَ عِتْقُهُ بِالْمَوْتِ / ، وَهَذَا قَبْلَ الْمَوْتِ لَمْ يَكُنْ مُدَبِّرًا ، وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَا يُعْمَلُ حَدُوثُ التَّذْيِيرِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا رِوَايَتَيْنِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، لَا يَعْتَقِ . وَهُوَ قِيَاسُ الْمَنْصُوصِ عَنْهُ ، فِي قَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي يَوْمَ أَوْ شَهْرٍ . فَإِنَّهُ قَالَ : لَا يَعْتَقِ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ الْعَتَقُ بِصِفَةٍ تَوْجَدُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَعْتَقِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِي إِيَّاكَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلِأَنَّهُ إِغْتِقَ لَهُ بَعْدَ قَرَارِ مِلْكٍ غَيْرِهِ عَلَيْهِ ، ^(١١) فَلَمْ يَعْتَقِ ^(١٢) ، كَالْمُنْجِزِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَعْتَقِ . وَهُوَ

(٦) فِي مِ زِيَادَةِ : هـ حَر هـ .

(٧) فِي ب ، مِ زِيَادَةُ : هـ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ هـ .

(٨) فِي مِ زِيَادَةِ : هـ لَمْ هـ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : هـ كَأ هـ .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

الذى ذكره القاضى . وهو مذهب الشافعى ؛ لأنه صرح^(١١) بذلك ، فحُيِّلَ عليه ، كما لو وصى بإعتاقه ، وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بتمنيها ، ويُفارق التصرف بعد البيع ؛ فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته في ثلثه ، بخلاف ما بعد البيع . والأول أصح ، إن شاء الله تعالى . ويُفارق الوصية^(١٢) بالعنق وبيع السلعة ؛ لأن المالك لا يستقر للورثة فيه ، ولا يملك التصرف فيه ، بخلاف مأسألتنا . وقولهم : جعل^(١٣) له التصرف في ثلثه . قلنا : إنما يتصرف فيه تصرفاً يثبت عقيب موته ، ويمنع انتقاله إلى الوارث ، وإن ثبت للوارث ، فهو ثبوت غير مستقر ، وقد قيل : يكون مراعى ، فإذا قبل الموصى له ، ثبتنا أن المالك كان له من حين الموت ، وإن لم يقبل ، ثبتنا أنه كان للوارث . فعلى قولنا : لا يعتق بالدخول بعد الموت . للوارث التصرف فيه كيف شاء ، ومن صحح هذا الشرط ، احتمل أن يمنع الوارث من التصرف في رقبته ؛ لأنه يستحق العنق ، فأشبهه الموصى بعنقه . واحتمل أن لا يمنعه ؛ لأنه علق عتقه على صفة غير الموت ، فلم يمنع من التصرف فيه ، كما لو قال لعبيده : إن دخلت الدار ، فأنت حر . فأما كسبه قبل عتقه ، فهو للوارث ؛ لأن المالك فيه مستقر قبل وجود الشرط ، كما لو كان الوارث هو الذى علق عتقه .

فصل : فإن قال : أنت حر بعد موتى بشهر ، أو قال : بيوم . فقال أحمد ، في رواية مهنأ : لا يعتق ، ولا تصح هذه / الصفة . وقال أيضاً : سألت أحمد ، عن رجل قال لعبيده : أنت حر بعد موتى بشهر ، باللف درهم . فقال : هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته . وهذا اختيار أبى بكر . وذكر القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى فيها رواية أخرى ، أنه يعتق إذا وجد الصفتان ؛ الموت ، ومضى المدة المذكورة . وهذا قال الثوري ، وأبو يوسف ، وإسحاق . ووجه الروايتين ما تقدم . وقال أصحاب الرأي : لا يعتق حتى يعتقه الوارث . وعلى قول من قال : يعتق . يكون قبل الموت ملكاً للوارث ، وكسبه له ، كما أم الولد ، والممدبر في حياة السيد . وإن كان أمة ، فولدت قبل وجود الصفة ، فولدتها

(١١) في الأصل : صريح .

(١٢) سقط من : ١ .

(١٣) في : م : حصل .

يَتَّبِعُهَا فِي التَّذْيِيرِ ، وَيَعْتَقُ بَوُجُودِ الصَّفَةِ ، كَمَا تَعْتَقُ هِيَ .

فصل : إذا قال لعبده : إذا قرأت القرآن ، فأنت حرٌ بعد موتي . فقرأ القرآن جميعه ، صار مُدْبِرًا ، وإن قرأ بعضه ، لم يصِرْ مُدْبِرًا . وإن قال : إذا قرأت قرآنًا ، فأنت حرٌ بعد موتي ، فقرأ بعض القرآن ، صار مُدْبِرًا ؛ لأنه في الأولى عرفه بالألف واللام الْمُقْتَضِيَةَ لِلْإِسْتِغْرَاقِ ، فعاد إلى جميعه ، وههنا نكّره ، فاقْتَضَى بعضه . فإن قيل : فقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ ^(١٤) . وقال : ﴿ وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مُمْسِكَ ﴾ ^(١٥) . ولم يرد جميعه . قلنا : قَضِيَةُ اللَّفْظِ تَتَنَاوَلُ جَمِيعَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ لِلْإِسْتِغْرَاقِ ، وَإِنَّمَا حُمِلَ عَلَى بَعْضِهِ بِدَلِيلٍ ، فَلَا يُحْمَلُ عَلَى الْبَعْضِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ بغير دليل ، وَلَئِنْ قَرِينَةُ الْحَالِ تَقْتَضِي قِرَاءَةَ جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ ^(١٦) أَرَادَ تَرْغِيهِ فِي قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ، بِتَعْلِيلِ ^(١٧) الْحُرِّيَّةِ بِهِ ، أَوْ مُجَازَاتِهِ ^(١٨) عَلَى قِرَاعَتِهِ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ ^(١٩) لَا يُجَازَى بِهَذَا الْأَمْرِ الْكَثِيرِ ^(٢٠) ، وَلَا يَرْغَبُ بِهِ ، إِلَّا فِيمَا يَشُقُّ ، أَمَا قِرَاءَةُ ^(٢١) آيَةٍ أَوْ آيَتَيْنِ . فلا .

فصل : فإن قال لعبده : إن شئت ، فأنت حرٌ بعد موتي ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، / أو أي وقت شئت ، فأنت حرٌ بعد موتي . فهو تَذْيِيرٌ بِصِفَةٍ ، فمتى شاء في حياة سيده ، صار مُدْبِرًا ، يَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِن دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأنت حرٌ بعد موتي . فَدَخَلَهَا فِي حَيَاتِهِ . وَإِن مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ مَشِيعَتِهِ ، بَطَلَتِ الصَّفَةُ ، كَمَا لَوْ مَاتَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُخْرَى قَبْلَ دُخُولِ الدَّارِ . وَإِن قَالَ : متى شئت بعد موتي ، فأنت حرٌ ، أو أي

(١٤) سورة النحل ٩٨ .

(١٥) سورة الإسراء ٤٥ .

(١٦-١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) في الأصل : « يتعلق » .

(١٨) في ب ، م ، « ومجازاته » .

(١٩) في الأصل : « الكبير » .

(٢٠) في ب ، م ، « قراءة » .

وقت شِئَتْ بعدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فهذا تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ^(٢١) على صِفَةِ بعدِ المَوْتِ ، وقد ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ، وَأَنَّ قَوْلَ الْقَاضِي صِحَّتُهُ ، فعلى قَوْلِهِ ، يكونُ ذلكَ على التَّرَاحِي ، فمَتَى شَاءَ بعدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، عَتَقَ ، وما كَانَ لَهُ منَ كَسْبٍ قَبْلَ مَشِيئَتِهِ ، فهو لَوَرِثَةُ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ قَبْلَ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ الْمُوصَى بِهِ ، فَإِنَّ فِي كَسْبِهِ قَبْلَ الْقَبُولِ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّنَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكَهُ مِنْ^(٢٢) حِينَ المَوْتِ ، وَهَهُنَا لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْمَشِيئَةِ . وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَا يَثْبُتُ الْعِتْقُ قَبْلَ الشَّرْطِ . وَجْهًا وَاحِدًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي قَوْلِهِ : إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِنْ شِئْتَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ بعدَ مَوْتِي ، أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ ، فَإِنْ شَاءَ فِي الْمَجْلِسِ صَارَ مُدَبِّرًا ، وَإِنْ تَرَاخَتْ الْمَشِيئَةُ عَنِ الْمَجْلِسِ ، بَطَلَتْ ، وَلَمْ يَصِرْ مُدَبِّرًا بِالْمَشِيئَةِ بَعْدَهُ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ : اخْتَارِي نَفْسَكَ . فَإِنَّ الْاِخْتِيَارَ يَقِفُ عَلَى الْمَجْلِسِ ، وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ بعدَ مَوْتِي ، أَوْ إِذَا شِئْتَ بعدَ مَوْتِي ، فَأَنْتَ حُرٌّ . كَانَ عَلَى الْفَوْرِ أَيْضًا ، فَمَتَى شَاءَ عَقِيبَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، أَوْ فِي الْمَجْلِسِ ، صَارَ حُرًّا ، وَإِنْ تَرَاخَتْ مَشِيئَتُهُ عَنِ الْمَجْلِسِ ، لَمْ تَثْبُتْ فِيهِ حُرِّيَّةٌ . وَقَدْ ذَكَرَ فِي الطَّلَاقِ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ ، إِنْ شِئْتَ ، وَشَاءَ أَبُوكَ . فَشَاءَ مَعًا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، سَوَاءً شَاءَ عَلَى الْفَوْرِ أَوْ التَّرَاحِي ، أَوْ شَاءَ أَحَدَهُمَا عَلَى الْفَوْرِ ، وَالْآخَرُ عَلَى التَّرَاحِي^(٢٣) ، وَهَذَا مِثْلُهُ ، فَيُخْرَجُ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ مِثْلُ^(٢٤) مَا ذَكَرْنَا^(٢٥) فِي الْآخَرَى .

فصل : إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مِتُّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ لَا ؟ أَوْ قَالَ : فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ لَسْتُ بِحُرٍّ ؟ لَمْ يَصِرْ مُدَبِّرًا ؛ لِأَنَّهُ / اسْتَفْهَمَ ، وَلَمْ يَقْطَعْ بِالْعِتْقِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ لَا ؟ وَقَدْ ذَكَرْنَا^(٢٦) ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ^(٢٧)

فصل : وَإِذَا دَبَّرَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ ، لَمْ يَسِرِ التَّدْبِيرُ إِلَى نَصِيْبِ شَرِيكِهِ ، مُوسِرًا

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « الْعِتْقُ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٢٣) تَقْدِمُ فِي : ١٠ / ٤٦٧ ، ٤٦٨ .

(٢٤) فِي : ١ : « ذَكَرَهُ » . وَفِي ب : « ذَكَرْنَا » .

(٢٥) فِي : ١ : « ذَكَرَ » .

(٢٦) تَقْدِمُ فِي : ١٠ / ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

كان أو مُعْصِرًا . وذكر أبو الحُطَّابِ وَجْهًا ، أنَّه يَسْرَى تَذْبِيرُهُ إذا كان مُوسِرًا ، وَيَقُومُ عليه نَصِيبُ شَرِيكِهِ . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه اسْتَحَقَّ الْعِتْقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَسَرَى ذَلِكَ فيه ، كَالِاسْتِيلَادِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَعْلِيقٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةٍ ، فَلَمْ يَسْرَ ، كَتَغْلِيْقِهِ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَيَفَارِقِ الْاسْتِيلَادَ ؛ فَإِنَّهُ آكَدٌ ، وَلِهَذَا يَعْتَقُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ . وَلَوْ قُتِلَتْ سَيِّدُهَا ، لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ اسْتِيلَادِهَا ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَالْمُدَبَّرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا مَاتَ الْمُدَبَّرُ ، عَتَقَ نَصِيبُهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ . وَهَلْ يَسْرَى إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ، ذَكَرَهُمَا الْخَيْرِيُّ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . وَإِنْ أَغْتَقَ الشَّرِيكَ^(٢٧) نَصِيبَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُدَبَّرِ ، وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ الْمُدَبَّرِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْحُطَّابِ ، فِيهَا وَجْهَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَسْرَى عِتْقُهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ قَدْ اسْتَحَقَّ الْوَلَاءَ عَلَى الْعَبْدِ بِمَوْتِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْآخِرِ إِبْطَالُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَهُ^(٢٨) فِي عَيْدٍ ، فَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَأُعْطِيَ شُرَكَاءُهُ حِصَصَهُمْ ، وَلَا فَقَدَ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ »^(٢٩) . وَلَأنَّهُ إِذَا سَرَى إِلَى إِبْطَالِ الْمَلِكِ ، الَّذِي هُوَ آكَدٌ مِنَ الْوَلَاءِ ، فَالْوَلَاءُ أَوْلَى ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا أَصْلَ لَهُ^(٣٠) ، وَيَبْطُلُ بِمَا إِذَا عُلِقَ عَتَقَ نَصِيبُهُ بِصِفَةٍ^(٣١) .

فصل : وَإِنْ ذُبِرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَهُ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَبَقِيَ نَصِيبُ الْآخَرِ عَلَى التَّذْبِيرِ ، إِنْ لَمْ يَفُتْ ثَلَاثَةُ بِقِيَمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَقِي بِهِ^(٣٢) ، فَهَلْ يَسْرَى الْعِتْقُ إِلَيْهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : إِذَا مِتْنَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قَالَ أَحْمَدُ / : إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَنَصِيبُهُ حُرٌّ . وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ أَحْمَدَ جَعَلَ هَذَا اللَّفْظَ تَذْبِيرًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلنَّصِيبِ ، وَمَعْنَاهُ إِذَا مَاتَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا ، فَنَصِيبُهُ حُرٌّ ؛ فَإِنَّهُ قَابِلٌ

(٢٧) سقط من : ١ .

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) تقدم ترجمته ، في : ٣٦٢/٧ .

(٣٠) في الأصل : هـ .

(٣١) في : ١ : بصفته هـ .

الْجُمْلَةُ بِالْجُمْلَةِ ، فَيَنْصَرَفُ ^(٣٢) إِلَى مُقَابَلَةِ الْبَعْضِ بِالْبَعْضِ ، كَقَوْلِهِ : رَكِبَ النَّاسُ دَوَابَّهُمْ ، وَلَيْسُوا بِثِيَابِهِمْ ، وَأَخَذُوا بِرِمَاحِهِمْ . يُرِيدُ لَيْسَ كُلُّ إِنْسَانٍ ثَوْبَهُ ، وَرَكِبَ دَابَّتَهُ ، وَأَخَذَ رُمْحَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ ^(٣٣) قَالَ : أُعْتَقُوا عِبِيدَهُمْ . كَانَ مَعْنَاهُ ، أُعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ عَبْدَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا تَعْلِيلٌ لِلْحُرِّيَّةِ بِمَوْتِهِمَا جَمِيعًا ، وَإِنَّمَا قَالَ أَحْمَدُ : يَغْتَقُ نَصِيبَهُ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ وُجُودَ بَعْضِ الصِّفَةِ يَقُومُ مَقَامَ جَمِيعِهَا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ هَذِهِ الْعِلَّةُ ، لَعَتَّقَ الْعَبْدُ كُلَّهُ ، لَوْ جُودَ بَعْضُ صِفَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَئِنَّا قَدْ أَبْطَلْنَا هَذَا الْقَوْلَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ، وَمُقْتَضَى قَوْلِ الْقَاضِي أَنَّ لَا يَغْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُ قَبْلَ مَوْتِهِمَا جَمِيعًا . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَرَدْتُ أَنَّ الْعَبْدَ حُرٌّ بَعْدَ آخِرِ ثَمَوْتَا . انْتَبَى هَذَا عَلَى تَعْلِيلِ الْحُرِّيَّةِ عَلَى صِفَةٍ تَوْجَدُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِجَوَازِ ذَلِكَ ، عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا ، عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ ذَلِكَ . عَتَقَ نَصِيبُ الْآخِرِ مِنْهُمَا بِالتَّذْيِيرِ . وَفِي سِرِّيَّتِهِ إِلَى بَاقِيهِ ، إِنْ كَانَ ثَلَاثُهُ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ ، بِرَوَاتَيْنِ . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : إِذَا مِتُّ قَبْلَ شَرِيكِي ، فَتَنْصِيبِي لَهُ ، فَإِذَا مَاتَ فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ مِتُّ بَعْدَهُ ، فَتَنْصِيبِي حُرٌّ . فَقَدْ وَصَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخِرِ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، صَارَ الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلْآخِرِ ، فَإِذَا مَاتَ ، عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ ، وَصَارَ وَلَاؤُهُ كُلُّهُ لَهُ ، إِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ تَعْلِيلُ الْعَتَقِ عَلَى صِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا .

١٩٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ يَتَّعُهُ فِي الدِّينِ)

ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَبِيعُ فِي الدِّينِ . وَقَدْ أُوْمِأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَبِيعُ إِلَّا فِي دِينٍ يَغْلِبُ رَقَبَةَ الْعَبْدِ ، فَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ يُسَاوِي أَلْفًا ، فَكَانَ عَلَيْهِ تَحْمُسُ مِائَةٍ ، لَمْ يَبِعِ الْعَبْدُ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : أَنَا أَرَى يَبِيعُ الْمُدَبِّرُ فِي الدِّينِ ، وَإِذَا كَانَ فَقِيرًا لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، رَأَيْتُ أَنْ أَبِيعَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَدْ بَاعَ الْمُدَبِّرَ ، لَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يَمْلِكُ ١٩٦/١١

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : دَ نَصَرَفَ . وَفِي ب ، م : دَ فَيَصَرَفُ .

(٣٣) قَدْ مَ : إِنْ .

شيئاً غيره ، باعه النبي ﷺ (لِمَاعِلِمٌ) حاجته^(١) . وهذا قول إسحاق ،^(٢) وأبو أيوب ، وأبو خنيفة^(٣) ، وقالوا : إن باعه من غير^(٤) حاجة ، أجزأه . ونقل جماعة عن أحمد ، جواز بيع المدبر مطلقاً ؛ في الذئب وغيره ، مع الحاجة وعدمها . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن بيع المدبر ، إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه ، قال : له أن يبيعه ، محتاجاً كان إلى ذلك أو غير محتاج . وهذا هو الصحيح . وروى مثل هذا عن عائشة ، وعمر بن عبد العزيز ، وطاوس ، ومجاهد . وهو قول الشافعي . وكرة يئعه ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، والشعبي ، والثوري ، وابن سيرين ، والزهرى ، والثوري ، والأوزاعي ، والحسن بن صالح ، وأصحاب الرأي ، ومالك ؛ لأن ابن عمر ، رضي الله عنهما ، روى أن النبي ﷺ قال : « لا يباع المدبر ، ولا يشتري »^(٥) . ولأنه استحق العتق بموت سيده ، أشبه أم الولد . ولنا ، ما روى جابر ، رضي الله عنه ، أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر ، فاحتاج ، فقال رسول الله ﷺ : « من يشتريه مني ؟ » . فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه ، وقال : « أنت أخو ج منه » . متفق عليه^(٦) . قال جابر : عبد^(٧) قطي ، مات عام أول ، في إمارة ابن الزبير . وقال أبو إسحاق الجوزجاني : صحت أحاديث بيع المدبر ، باستقامة الطرق ، والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأي الناس . ولأنه عتق بصيغة ، ثبت بقول المعتز^(٨) ، فلم يمنع البيع ، كما لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر . ولأنه تبرع بمال بعد الموت ، فلم يمنع البيع في الحياة ، كالوصية . قال أحمد : هم يقولون : من قال : غلامي حر ، رأس الشهر . فله يتعه قبل رأس الشهر . وإن قال : غداً . فله يئعه اليوم . وإن قال : إذا مت .

(١-١) سقط من : ١ .

(٢) تقدم ترجمه ، في : صفحة ٤١٢ .

(٣-٣) ل : ١ : وأبو ثور وأبو حنيفة .

(٤) في ب : لغيره .

(٥) انظر : ما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب المكاتب . سنن الدارقطني ١٣٨/٤ . والبيهقي ، في : باب من قال : لا يباع المدبر ولا يشتري ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٤/١٠ . وانظر : إرواء الغليل ١٧٧/٦ .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في الأصل : « الحق » .

قال : لا يبيعه ، فالموت أكثر من الأجل ، ليس هذا قياساً ، إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر ، فله أن يبيعه قبل مجيء الموت ، وهم يقولون في من قال : إن ميتاً من ^(٨) مَرَضِي هذا ، فعبدى حر . ثم لم يمُت من مَرَضِهِ ذلك ، فليس بشيء . وإن قال : إن ميت ، فهو حر . لا يباع . وهذا متناقض ، إنما أصله الوصية من الثلث ، فله أن يُغَيَّرَ وصيته مادام / ١٩٦/١١ ط حياً . فأما خبرهم ، فلم يصح عن النبي ﷺ ، إنما هو من قول ابن عمر . قال الطحاوي : هو عن ابن عمر ، وليس بمُسْتَدٍ عن النبي ﷺ . ^(٩) ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بَعْدَ الموت ، أو على الاستعجاب . أمّا أم الوليد ، فإن عتقها يثبت بغير اختيار سيدها ، وليس ^(١٠) بتبرع ، ويكون من جميع المال ، ولا يُمكن إبطاله بحال ، والتدبير بخلافه . ووجه قول الجرجي ، أن النبي ﷺ ، إنما باع المُدَبَّرَ عند الحاجة ، فلا يتجاوز به موضع الحاجة .

١٩٦٩ - مسألة : قال : (وَلَا تَبَاغِ الْمُدَبَّرَةُ فِي الدِّينِ ^(١)) . في إحدى الروايتين عن أبي عبيد الله ، رَحِمَهُ اللهُ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، الْأَمَةُ كَالْعَبْدِ)

لا نعلم هذا التفريق بين المُدَبَّرَةِ والمُدَبَّرِ عن غير إمامنا ، رَحِمَهُ اللهُ ، وإنما أخطأ في رواية المنع من بيعها ؛ لأن فيه إباحة ^(٢) فَرَجِهَا ، وتَسْلِيْطُ مُشْتَرِيهَا عَلَى وَطَنِهَا ، مع وقوع الخلاف في بيعها وجلها ، فكَرَّةُ الإِقْدَامِ عَلَى ذَلِكَ مع الاختلاف ^(٣) فيه ، والظاهر أن هذا المنع منه كان على سبيل الِوَرَعِ ، لا على التحريم البات ؛ فإنه إنما قال : لا يُعْجِزُنِي بَيْعُهَا . والصحيح جواز بيعها ؛ فإن عائشة باعَتْ مُدَبَّرَةً لَهَا سَحَرَتْهَا ^(٤) . ولأن المُدَبَّرَةَ في معنى المُدَبَّرِ ، فما ثبت فيه ، ثبت فيها .

(٨) في ١ : في ٤ .

(٩-٩) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : ب . وبعده في م نهادة : لا .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : الاختيار .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ٣٠١/١٢ .

١٩٧٠ - مسألة : قال : (فَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، رَجَعَ فِي التَّذْيِيرِ)

وجملة ذلك ، أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا ذَبَرَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ بَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَادَ تَذْيِيرُهُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ عِتْقُهُ بِصِفَةِ ، فَإِذَا بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، عَادَتِ الصِّفَةُ ، كَالْوَقَالِ : أَنْتَ حُرٌّ ، إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ . ثُمَّ بَاعَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ^(١) التَّذْيِيرَ تَعْلِيلٌ بِصِفَةٍ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، فَتَبْطُلُ بِالْبَيْعِ ، وَلَا تُعَوِّدُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى بِشَيْءٍ ثُمَّ بَاعَهُ ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَلَمْ تُعَوِّدْ بِشِرَائِهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ عَوْدَ الصِّفَةِ بَعْدَ الشِّرَاءِ لَهُ فِيهِ قَوْلَانِ . وَالصَّحِيحُ مَا قَالَ الْخَرَقِيُّ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ وَجَدَ فِيهِ التَّعْلِيلُ بِصِفَةٍ ، فَلَا يُزُولُ حُكْمُ التَّعْلِيلِ بِوُجُودِ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ فِيهِ ، بَلْ هُوَ جَامِعٌ لِلْأَمْرَيْنِ ، وَغَيْرُ مُمْتَنِعٍ وَوُجُودِ الْحُكْمِ بِسَبَبَيْنِ ، فَيُثْبِتُ حُكْمَهُمَا^(٢) فِيهِ .

١٩٧١ - / مسألة : قال : (وَلَوْ ذَبَرَهُ ، ثُمَّ قَالَ : قَدْ رَجَعْتُ فِي تَذْيِيرِي ، أَوْ قَدْ أَبْطَلْتُهُ . لَمْ يَبْطُلْ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ الْعِتْقُ بِصِفَةٍ . فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، يَبْطُلُ التَّذْيِيرُ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، رحمه الله ، في بطلان التَّذْيِيرِ بِالرُّجُوعِ فِيهِ قَوْلًا ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ الْعِتْقُ بِصِفَةٍ ، فَلَا يَبْطُلُ ، كَالْوَقَالِ لِعَبْدِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ نَفْسَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ وَصِيَّةً ، فَجَازَ الرُّجُوعُ فِيهِ بِالْقَوْلِ ، كَالْوَقَالِ لَهُ بَعْدَ آخَرٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمُ . وَقَوْلُهُ الْجَدِيدُ كَالرَّوَايَةِ الْأُولَى . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةٍ . وَلَا يَصِحُّ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِهِ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ ، وَإِنَّمَا تَحْصُلُ فِيهِ الْحُرِّيَّةُ ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ الرُّقُ ، وَلِهَذَا لَا تَقِفُ الْحُرِّيَّةُ عَلَى قَبُولِهِ وَلَا اخْتِيَارِهِ ، وَتَتَنَجَّزُ عَقِيبَ الْمَوْتِ ، كَتَنَجَّزِهَا عَقِيبَ سَائِرِ الشُّرُوطِ ، وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ أَنْ يَجْمَعَ الْأَمْرَيْنِ ، فَيُثْبِتُ^(١) فِيهِ حُكْمُ التَّعْلِيلِ فِي امْتِنَاعِ الرُّجُوعِ ، وَيَجْتَمِعَانِ فِي حُصُولِ الْعِتْقِ بِالْمَوْتِ .

(١) سقط من : ب .

(٢) ب : ف ، م ؛ ١ : حكمها .

(١) ا : ب ، م ؛ ١ : ثبت .

فصل : إذا قال السيّد المُدبّر: إذا أدّيت إلى ورثتي كذا وكذا^(٢)، فأنت حرّ. فهو رجوع عن التدبير، وينتني على الروايتين؛ إن قلنا^(٣): له الرجوع بالقول^(٤). بطل التدبير ههنا. وإن قلنا: ليس له الرجوع. لن يؤثر هذا^(٥) القول شيئا. وإن دبره كله، ثم رجّع في نصفه، صحّ، إذا قلنا: له الرجوع في جميعه. لأنّه لما صحّ أن يدبر نصفه ابتداءً، صحّ أن يرجع في تدبير نصفه، وإن غير التدبير، فكان مطلقاً، فجعله مقيّداً، صار مقيّداً، إن قلنا بصحة الرجوع^(٦) في التدبير^(٧)، وإلا فلا. وإن كان مقيّداً، فأطلقه، صحّ، على كلّ حال؛ لأنّه زيادة، فلا يمنع منها. وإذا دبر الأخرس، وكانت إشارته أو كتابته معلومة، صحّ تدبيره. ويصح رجوعه، إن قلنا بصحة الرجوع في التدبير؛ لأنّ إشارته وكتابته تقوم مقام طُغى الناطق في أحكامه. وإن دبر، وهو / ناطق، ثم صار^{١٩٧/١١} أخرس، صحّ رجوعه بإشارته المعلومة أو كتابته. وإن لم تفهم إشارته، فلا عبرة بها؛ لأنّه لا يعلم رجوعه.

فصل : وإذا رهن المدبّر، لم يبطل تدبيره؛ لأنّه تعلّق بالعق بصفة، فإن مات السيّد، وهو رهن، عتق، وأخذ من تركه سيّده قيمته، فتكون رهنًا مكانه؛ لأنّ عتقه بسبب من جهة سيّده، فأشبهه ما لو باشره بالعق ناجزاً.

فصل : وإن ارتد المدبّر، ولحق بدار الحرب، لم يبطل تدبيره؛ لأنّ ملك سيّده باق عليه، ويصحّ قصره فيه^(٨) بالعق والهبة والبيع، إن كان مقدوراً عليه، فإن سباه المسلمون، لم يملكوه؛ لأنّه مملوك لمعصوم، ويردّ إلى سيّده، إن علم به قبل قسمه، ويستتاب، فإن تاب، وإلا قتل، وإن لم يعلم به حتى قسم، لم يرّد إلى سيّده. في إحدى الروايتين. والأخرى، إن اختار سيّده أخذه بالثمن الذي حسب به على آجله، أخذه،

(٢) سقط من: الأصل، ب، م.

(٣) في ب زيادة: « إن ».

(٤) في م: « بالقول ». تحريف. ويعد فيها زيادة: « فظاهاه أنه ».

(٥) سقط من: م.

(٦-٦) سقط من: الأصل، ا.

(٧) سقط من: ب.

وإن لم يُخْتَرْ أَخْذَهُ ، بَطَلْ تَذْيِيرُهُ . ومتى عاد إلى سيِّده بوجه من الوجوه ، عاد تَذْيِيرُهُ ، وإن لم يُعَدَّ إلى سيِّده ، بَطَلْ تَذْيِيرُهُ ، كالوبيع ، وكان رَقِيقًا لمن هو في يده . وإن مات سيِّده قبل سيِّته ، عَتَقَ ، فإن سَبِيَ^(٨) بعد هذا^(٩) ، لم يُرَدَّ إلى ورثة سيِّده ؛ لأنَّ ملكه زال عنه بخرجه ، فصار كأحرار دار الحرب ، ولكن يُسْتَأَب ، فإن تاب وأسلم ، صار رَقِيقًا ، يُقَسِّمُ بين الغانمين ، وإن لم يُتَّب ، قُتِلَ ، ولم يُجْزِ استرقاقه ؛ لأنَّه لا يجوز إقراره على كفره . وقال القاضي : لا يجوز استرقاقه إذا أسلم . وهو قول الشافعي ؛ لأنَّ في استرقاقه إبطال ولأدِّ المسلم الذي اعتقه . ولنا ، أنَّ هذا لا يمنع قتله ، وإذهاب نفسه ولأدِّه ، فلأنَّ لا يمنع تملكه أوَّلِي ، ولأنَّ المملوك الذي لم يعتقه سيِّده ، يثبتُ الملكُ فيه للغانمين إذا لم يُعرف مالكه بعينه ، ويثبتُ فيه إذا قَسِمَ قبل العلم بمالكه ، والملكُ أكَّد من الولاء ، فلأنَّ يثبتُ مع الولاء وحده أوَّلِي . فعلى هذا ، لو كان المُدَبِّر ذِمِّيًّا ، فَلَحقَ بدار الحرب ، ثم مات سيِّده ، أو اعتقه ، / ثم قَدَّرَ عليه المسلمون فسبوه ، ملكوه ، وقَسَموه . وعلى قول القاضي ، ومذهب الشافعي ، لا يملكونه ، فإن كان سيِّده ذِمِّيًّا ، جاز استرقاقه في قول القاضي . ولأصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان ؛ أحدهما ، يجوز . وهذا حجة عليهم ؛ لأنَّ عَصَمَةَ مالِ الذِمِّيِّ ، كعَصَمَةِ مالِ المسلم ، بدليل قطع سارقه ، سواء كان مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا ، ووُجُوبُ ضَمَانِهِ ، وتَحْرِيمُ تَمَلُّكِ مالِهِ ، إذا أَخَذَهُ الكُفَّارُ ، ثم قَدَّرَ عليه المسلمون ، فأدركه صاحبه قبل القسمة . قال القاضي : الفرقُ بينهما ، أنَّ سيِّده ههنا لو لَحِقَ بدار الحرب ، جاز تملكه ، فجاز تملكُ عَتَقِهِ ، بخلاف المسلم . قلنا : إنما جاز استرقاق سيِّده ، لِزَوَالِ عَصَمَتِهِ ، وذَهَابِ عاصِمِهِ ، وهو ذِمَّتُهُ وَعَهْدُهُ ، وأما إذا ارْتَدَّ مُدَبِّرُهُ ، فإنَّ عَصَمَةَ ولأدِّه ثابتة بعصمة مَنْ له ولأدِّه ، وهو والمسلم في ذلك سواء ، فإذا جاز إبطال ولأدِّ أَحَدِهِما ، جاز في الآخر مثله .

فصل : فإن ارْتَدَّ سيِّدُ^(١٠) المُدَبِّرِ ، فذكر القاضي ، أنَّ المذهب أنَّه يكونُ مَوْقُوفًا ، فإن عاد إلى الإسلام ، فالتذْيِيرُ باقٍ بحاله ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أنَّ ملكه لم يَزَلْ ، وإن قُتِلَ أو مات على رِدَّتِهِ ، لم يُعْتَقِ المُدَبِّرُ ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أنَّ ملكه زال برِدَّتِهِ . وقال أبو بكر : قياسُ قول أبي عبيد

(٨-٨) في ١ : بعد هذا .

(٩) في ب ، م : سيِّده .

الله ، أن تُذَيِّرَهُ يَظِلُّ بِالرُّدَّةِ ، فَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ ، اسْتَأْنَفَ التُّذَيِّرَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ :
التُّذَيِّرُ بَاقٍ ، وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ تَذَيِّرَهُ سَبَقَ رَدُّهُ ، فَهُوَ كَيْتَبُهُ وَهَيْتُهُ قَبْلَ ارْتِدَادِهِ .
وَهَذَا يَتَّبِعُنِي عَلَى الْقَوْلِ فِي مَا لِيَ ^(١٠) الْمُرْتَدُّ ، هَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ ، أَوْ قَدْ زَالَ بِرَدِّهِ ؟ وَقَدْ
ذُكِرَ فِي بَابِ الْمُرْتَدِّ ^(١١) . فَأَمَّا إِنْ ذُهِرَ فِي حَالِ رَدِّهِ ، فَتَذَيِّرُهُ مُرَاعَى ، فَإِنْ عَادَ إِلَى
الْإِسْلَامِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ تَذَيِّرَهُ وَقَعَ صَحِيحًا ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ مَاتَ عَلَى رَدِّهِ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا ، وَلَمْ
يَعْتَقِ الْمُدَبَّرُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : تَذَيِّرُهُ بَاطِلٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ ^(١٢) الْمَلِكَ
عِنْدَهُ ^(١٣) يَزُولُ بِالرُّدَّةِ ، وَإِذَا اسْلَمَ رُدَّ إِلَيْهِ تَمْلِيكًا ^(١٤) مُسْتَأْنَفًا .

١٩٧٢ - / مسألة ؛ قال : (وَمَا وَلَدَتِ الْمُدَبَّرَةُ بَعْدَ تَذَيِّرِهَا ، قَوْلُهَا بِمَنْزِلَتِهَا) ١٩٨/١١ ط

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْوَلَدَ الْحَادِثَ مِنَ الْمُدَبَّرَةِ بَعْدَ تَذَيِّرِهَا ، لَا يَحُلُو مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ
يَكُونَ مَوْجُودًا حَالِ تَذَيِّرِهَا ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ التُّذَيِّرِ ،
فَهَذَا يَدْخُلُ مَعَهَا فِي التُّذَيِّرِ . بِلَا خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا . فَإِنْ
بَطَلَ التُّذَيِّرُ فِي الْأُمِّ ؛ لَيْتَعَ ، أَوْ مَوْتٌ ، أَوْ رُجُوعٌ بِالْقَوْلِ ، لَمْ يَظِلُّ فِي الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِيهِ
أَصْلًا . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ تَحْمِلَ بِهِ بَعْدَ التُّذَيِّرِ ، فَهَذَا يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي التُّذَيِّرِ ، وَيَكُونُ حُكْمُهُ
كَحُكْمِهَا فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ
مَسْعُودٍ ^(١) ، وَابْنِ عَمَرَ . وَهَذَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالْقَاسِمُ ، وَمُجَاهِدٌ ،
وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحْمِي ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ
صَالِحٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ حَنْبَلًا نَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ وَلَدَ الْمُدَبَّرَةِ
عَبْدٌ ، إِذَا لَمْ يَشْتَرِطَ ^(٢) الْمَوْلَى . قَالَ : فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهَا ، وَلَا يَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا .
وَهَذَا قَوْلُ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَتَّبِعُهَا .

(١٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : د مَلِكٌ .

(١١) تَقْدِيمُ فِي ٢٧٤/١٢ .

(١٢-١٣) فِي ١ : د الْمَالُ .

(١٣) فِي ب ، م : د تَمْلِكًا .

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ مَنْ قَالَ : هُمْ بِمَنْزِلَتِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْصِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ١٦٥/٦ .

(٢) فِي ب ، م : د بِشَرَطٍ .

وهو اختيار المُرئي ؛ لأنَّ عَتَقَهَا مَعْلَقٌ بِصَفَةِ ، ثَبُتُ بِقَوْلِ الْمُعْتِقِ وَحْدَهُ ، فَاشْتَبَهَتْ مَنْ عُلِقَ عَتَقُهَا بِذَخْوِلِ الدَّارِ . قال جابر بن زيد : إِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْحَائِطِ تَصَدَّقَتْ بِهِ إِذَا مِتُّ ، فَإِنْ ثَمَرَتْ لَكَ مَا عِشْتُ . وَلَأنَّ التَّدْبِيرَ ^(٣) وَصِيَّةٌ ، وَوَلَدُ الْمُوصَى بِهَا قَبْلَ الْمَوْتِ لِسَيِّدِهَا . وَلَمَّا ، مَا رَوَى عَنْ عَمْرٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ ، وَجَابِرٍ ^(٤) ، أَنَّهُمْ قَالُوا : وَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ بِمَنْزِلَتِهَا . وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلَأنَّ الْأُمَّ اسْتَحَقَّتِ الْحُرِّيَّةَ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَيَتَّبِعُهَا وَلَدُهَا ، كَأَمِّ الْوَلَدِ ، وَيُفَارِقُ التَّغْلِيْقَ بِصِفَةِ فِي الْحَيَاةِ ، وَالْوَصِيَّةَ ، مِنْ جِهَةٍ أَنَّ التَّدْبِيرَ آكَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِيهِ الْأَمْرَانِ ، وَمَا وَجَدَ فِيهِ سَبَبَانِ آكَدَ مِمَّا وَجَدَ فِيهِ أَحَدُهُمَا ، وَكَذَلِكَ لَا يُبْطَلُ بِالْمَوْتِ ، وَلَا بِالرُّجُوعِ عَنْهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ بَطَلَ التَّدْبِيرُ فِي الْأُمِّ لِمَعْنَى اخْتِصَرَّ بِهَا ؛ مِنْ بَيْعٍ ، أَوْ مَوْتٍ ، أَوْ رُجُوعٍ ، لَمْ يُبْطَلْ فِي وَلَدِهَا ، وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، كَالْوَلَدِ كَانَتْ / أُمُّهُ بَاقِيَةً عَلَى التَّدْبِيرِ ، فَإِنْ لَمْ يُتَّبِعْ التَّلْثُ لَهَا جَمِيعًا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَأَيُّهُمَا وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ ، عَتَقَ إِنْ احْتَمَلَهُ التَّلْثُ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ التَّلْثِ . وَإِنْ فَضَلَ مِنَ التَّلْثِ بَعْدَ عَتَقِهِ شَيْءٌ ، كُتِلَ مِنَ الْآخِرِ ، كَالْوَدَّيْنِ عَبْدًا وَأَمَةً مَعًا . وَأَمَّا الْوَلَدُ الَّذِي وَجَدَ قَبْلَ التَّدْبِيرِ ، فَلَا تَعْلَمُ خِلَافًا فِي أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّبِعُ ^(٥) فِي الْعِتْقِ الْمُنْجَزِ ، وَلَا فِي حُكْمِ الْأَسْتِيلَادِ ، وَلَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَلَأنَّ لَا يَتَّبِعُ فِي التَّدْبِيرِ أَوَّلَى . قَالَ الْأَنْبِيَّيْنِ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : مَا كَانَ مِنْ وَلَدِ الْمُدَبِّرَةِ قَبْلَ أَنْ تُدَبَّرَ ، يَتَّبِعُهَا ؟ قَالَ : لَا يَتَّبِعُهَا مِنْ وَلَدِهَا مَا كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ ، إِنَّمَا يَتَّبِعُهَا مَا كَانَ بَعْدَ مَا دُبِّرَتْ . وَقَالَ حَنْبَلٌ : سَمِعْتُ عُمَى يَقُولُ ، فِي الرَّجُلِ يُدَبِّرُ الْجَارِيَةَ وَلَهَا وَلَدٌ ، قَالَ : وَلَدُهَا مَعَهَا . وَجَعَلَ أَبُو الْخَطَّابِ هَذِهِ رِوَايَةً ، فِي أَنَّ وَلَدَهَا قَبْلَ التَّدْبِيرِ يَتَّبِعُهَا . وَهَذَا بَعِيدٌ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ أَحْمَدَ لَمْ يُرِدْ أَنَّ وَلَدَهَا قَبْلَ التَّدْبِيرِ مَعَهَا ، وَإِنَّمَا أَرَادَ وَلَدَهَا بَعْدَ التَّدْبِيرِ ، عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ؛ فَإِنَّ وَلَدَهَا الْمَوْجُودَ لَا يَتَّبِعُهَا فِي عِتْقِي ، وَلَا كِتَابَةِ ، وَلَا اسْتِيلَادٍ ، وَلَا بَيْعٍ ، وَلَا هِبَةٍ ، وَلَا زَهْرٍ ، وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَسْبَابِ الثَّاقِلَةِ لِلْمِلْكِ فِي الرِّقَّةِ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه عن جابر وابن عمر ، البيهقي ، في : باب ما جاء في ولد المدبرة ... ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى

٣١٥/١٠ . وعن ابن عمر ، عبد الرزاق ، في : باب أولاد المدبرة ، من كتاب المدبر . المصنف ١٤٤/٩ .

(٥) في ب : يعق .

فصل : فَإِنْ عَلِقَ عَتَقَ أَمَتَهُ بِصِفَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا حِينَ التَّعْلِيْقِ ، يَتَّبِعُهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كَعَضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا حِينَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ^(٦) عَتَقَ مَعَهَا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ حَمَلَتْ بَعْدَ التَّعْلِيْقِ ، وَلِلَّذَتْ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ^(٧) ، لَمْ يَتَّبِعْهَا فِي الصِّفَةِ ، وَلَمْ يَتَّعِقْ بُوْجُودَهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَتَّعِقُ بِهَا ، وَيَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي ذَلِكَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وَوَجْهُ إِتْبَاعِهِ إِيَّاهَا ، أَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ الْحُرِّيَّةَ ، فَتَبِعَهَا وَلَدُهَا ، كَالْمُدَبَّرَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مِلْكًا كَامِلًا ، وَيُبَاحُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي رَقَبَتِهَا بِأَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ، فَلَمْ يَتَّعِقْ وَلَدُهَا بِعَتَقِهَا ، كَالْمَوْصَى بِعَتَقِهَا ، أَوْ الْمُوَكَّلَ فِيهِ ، وَتَغَارِقُ الْمُدَبَّرَةَ ؛ / فَإِنَّ التَّذْيِيرَ أَكْثَرُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِهَذَا اخْتَلَفَ فِي جَوَازِ بَيْعِهَا ، ١٩٩/١١ ظ وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ الْمُدَبَّرِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَعَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَاللَّيْثِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ . وَإِنْ تَسَرَّى ^(٨) بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَوَلَدَ لَهُ أَوْلَادٌ ، فَرُويَ عَنْ أَحَدٍ ، أَنَّهُمْ يَتَّبِعُونَهُ فِي التَّذْيِيرِ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ إِبَاحَةَ التَّسَرُّي ^(٩) تَنْتَضِي عَلَى ثُبُوتِ الْمِلْكِ ، وَوَلَدَ الْحَرِّ مِنْ أَمَتِهِ يَتَّبِعُهُ فِي الْحُرِّيَّةِ ^(١٠) دُونَ أُمِّهِ ، كَذَلِكَ وَلَدُ الْمُدَبَّرِ مِنْ أَمَتِهِ يَتَّبِعُهُ ^(١١) دُونَهَا ، وَلِأَنَّهُ وَلَدٌ مَنْ يَسْتَحِقُّ ^(١٢) الْحُرِّيَّةَ مِنْ أَمَتِهِ ، فَيَتَّبِعُهُ فِي ذَلِكَ ، كَوَلَدِ الْمُكَائِبِ مِنْ أَمَتِهِ .

فصل : وَإِذَا وَلِدَتْ الْمُدَبَّرَةُ ، فَرَجَعَ فِي تَذْيِيرِهَا ، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ الرَّجُوعِ ، لَمْ يَتَّبِعْهَا وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمُتَفَصِّلَ لَا يَتَّبِعُ فِي الْحُرِّيَّةِ وَلَا فِي التَّذْيِيرِ ، فَفِي الرَّجُوعِ أَوَّلَى . وَإِنْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِهِ وَحْدَهُ ، جَاز ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ الرَّجُوعُ فِي الْأُمِّ الْمُبَاشَرَةَ بِالتَّذْيِيرِ ، فَفِي غَيْرِهَا أَوَّلَى . وَإِنْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِهَا ، جَاز ، كَالْوَدَّيْرِهَا وَإِنْتَهَا الْمُتَفَصِّلَ . وَإِنْ دَبَّرَهَا حَامِلًا ، ثُمَّ

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) في الأصل : اشتري .

(٨) في الأصل : الشراء .

(٩-٩) في م : دونها .

(١٠) في الأصل : يتبعها .

(١١) سقط من : ب .

رَجَعَ فِي تَذْيِيرِهَا حَالَ حَمْلِهَا ، لَمْ يَتَّبِعْهَا الْوَلَدُ فِي الرَّجُوعِ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ إغْتِاقٌ ، وَالْإِغْتِاقُ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالْمَسْرَايَةِ ، وَالرَّجُوعُ عَنْهُ بَعْكَسٌ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَتَّبِعِ الْوَلَدُ فِيهِ . وَهَذَا كَالْوَلَدِ لَهُ ثَوَامَانٌ ، فَأَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا ، لَزِمَاهُ جَمِيعًا ، وَإِنْ نَفَى أَحَدَهُمَا ، لَمْ يَتَّبِعِ الْآخَرَ ، وَإِنْ رَجَعَ فِيهِمَا جَمِيعًا ، جَازَ ، وَإِنْ رَجَعَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، جَازَ . وَإِنْ ذَهَبَ الْوَلَدُ دُونَ أُمِّهِ ، أَوِ الْأُمُّ دُونَ وَلَدِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، فَجَوَازُ أَنْ يُذَيَّرَ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ أَوَّلَى ، وَلَئِنَّهُ ^(١٢) ^(١٣) تَعْلِيْقٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةِ / فَجَازَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، كَالْتَعْلِيْقِ بِدُخُولِ الدَّارِ . وَإِنْ ذَهَبَ أُمَّتُهُ ، ثُمَّ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَذْيِيرِي . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِصِفَةٍ . وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا وَلَدْتُ وَلَدًا ، فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَذْيِيرِهِ . لَمْ يَصِحَّ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الْمُدْبِرَةُ وَوَرَثَةُ سَيِّدِهَا فِي وَلَدِهَا ، فَقَالَتْ : وَلَدْتُهُمْ بَعْدَ تَذْيِيرِي ، فَعَتَقُوا مَعِيَ . وَقَالَ الْوَرِثَةُ : بَلْ وَلَدْتِهِمْ ^(١٤) قَبْلَ تَذْيِيرِكَ ، فَهَمْ مَمْلُوكُونَ لَنَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرِثَةِ مَعَ إِيْمَانِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ رِقَّتِهِمْ ، وَإِنْفَاءُ الْحُرِّيَّةِ عَنْهُمْ ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُوَافِقُ قَوْلَهُ الْأَصْلَ .

فصل : وَكَسَبَ الْمُدْبِرُ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ لِسَيِّدِهِ ، لَهُ ^(١٥) أَخَذَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ لَا يَخْرُجُ عَنْ شِبْهِهِ بِالْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ ، أَوْ بِالتَّعْلِيْقِ لَهُ عَلَى صِفَةٍ ، أَوْ بِالْإِسْتِيلَادِ ، وَكُلُّ هَؤُلَاءِ كَسَبُهُمْ لِسَيِّدِهِمْ ، فَكَذَلِكَ الْمُدْبِرُ . فَإِنْ اخْتَلَفَ هُوَ وَوَرَثَةُ سَيِّدِهِ فِيمَا فِي يَدِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ ، فَقَالَ : كَسَبْتُهُ بَعْدَ حُرِّيَّتِي . وَقَالُوا : بَلْ قَبْلَ ذَلِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ مِلْكُهُمْ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْوَلَدِ ، فَإِنَّهُ كَانَ رَقِيقًا لَهُمْ . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَقَدِمَتْ بَيِّنَةُ الْوَرِثَةِ ، عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ، وَبَيِّنَةُ الْمُدْبِرِ عِنْدَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُدْبِرُ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي يَدِهِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، ثُمَّ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ عَلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ

(١٢) سقطت الواو من : الأصل ، ب .

(١٣-١٢) في الأصل : يتعلق للمعتق .

(١٤) في ١ ، ب ، م : ولدته .

(١٥) في م : وله .

الوارث ؛ لأن الأصل معهم . فإن أقام المدبر بيعة بدعواه ، قبلت ، وتقدم على بيعة الورثة إن كانت لهم بيعة ؛ لأن بيعة المدبر تشهد بزيادة ، وإن لم يُقر المدبر بأنه كان في يده في حياة سيده ، فأقام الورثة بيعة به ، فهل تُسمع بيعتهم ؟ على وجهين .

١٩٧٣ - مسألة : قال : (وَلَهُ إِصَابَةُ مُدْبِرِيهِ)

يعني : له وطؤها . روى عن أبي عمر ، أنه دبر أمتين ، وكان ^(١) / يطوهما ^(٢) . وممن ٢٠٠/١١ ط رأى ذلك ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، والثوري ، والنخعي ، ومالك ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي . قال أحمد : لا أعلم أحدا كره ذلك ، غير الزهري . وحكى عن الأوزاعي ، أنه كان يقول : إن كان يطوها قبل تدبيرها ، فلا بأس بوطيها بعده ، وإن كان لا يطوها ^(٣) قبله ، لم يطأها ^(٤) بعد تدبيرها . ولنا ، أنها مملوكة ، لم تشتتر نفسها منه ، فحل له وطؤها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ ^(٥) . وكأتم الولد .

فصل : وابنة المدبرة كأمتها ؛ في حل وطئها إن لم يكن وطئ أمتها . وعنه ، ^(٦) ليس له وطؤها ^(٧) ؛ لأن حتى الحرية ثبت لها تبعا ، أشبه ولد المكاتب . ولنا ، أن ملك سيدها تام فيها ^(٨) ، فحل له وطؤها ؛ للآية ، وكأمتها ، واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق أمتها ، ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتب ، فالحقت بأمتها ، وأمتها يحرّم وطؤها ، فكذلك ابنتها ، وأم هذه يحل وطؤها ، فيجب إلحاقها بها ، وكلام أحمد مخمول على أنه وطئ أمتها ، ^(٩) فحرمت عليه ؛ لذلك ^(١٠) .

(١) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب من الرجل وليدته إذا دبرها ، من كتاب المدبر . الموطن ٨١٤/٢ . والبيهقي ، في : باب وطء المدبرة ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٥/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ مملوكه ، من كتاب المدبر . المصنف ١٤٧/٩ .

(٣-٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل ، ١ : التدبير .

(٥) سورة المؤمنون ٦ .

(٦) في م : عليها .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

١٩٧٤ - مسألة : قال : (وَمَنْ أُنْكَرَ التَّذْيِيرَ ، لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ ، أَوْ شَاهِدٍ وَبَعِيدٍ)

وجملته أن العبد إذا ادعى على سيده أنه ذبّره ، فدعواه صحيحة ؛ لأنه يدعى استحقاق العتق . ويَحْتَمِلُ أن لا يصحّ الدّعوَى ؛ لأنّ السيّد إذا أنكر التّذيير كان بمنزلة إنكار الوصيّة ، وإنكار الوصيّة رجوع عنها ، في أحد الوجهين ، فيكون إنكار التّذيير رجوعاً عنه ، والرجوع عنه يَبْطُلُ ، في (إحدى الروايتين) ، فتَبْطُلُ الدّعوَى . والصّحيح أن الدّعوَى صحيحة ؛ لأنّ الصّحيح أن الرجوع عن التّذيير لا يَبْطُلُ ، ولو أَبْطَلَ ، فماتت كَوْنُ الإِنْكَارِ رجوعاً ، ولو ثبت ذلك ، فلا يتعيّن الإِنْكَارُ جواباً للدّعوَى ، فإنّه يجوز أن يكون جوابها إقراراً . فإذا ثبت هذا ، فإنّ السيّد إن أقرّ ، فلا كلام ، وإن أنكر ولم تكن للعبيد بيّنة ، فالقول قول المُنْكَرِ مع يمينه ؛ لأنّ الأصل عدّمه ، وإن كانت للعبيد بيّنة ، وُقُبِلَ فيه شاهدان عدلان ، بلا خلاف . وإن لم يكن له إلا شاهد واحد ، وقال : أنا أخلف معه . أو شاهد وامرأتان ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يُحْكَمُ به . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنّ الثابت به الحرّية ، وكأل الأحكام ، وهذا ليس بمال ، ولا المَفْصُودُ منه المال ، ويَطْلُعُ عليه الرّجال في غالب الأحوال ، فأشبهت النكاح والطلاق . والثانية ، يثبت بذلك ؛ لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه ، فأشبهت البيع . وهذا أجود ؛ لأنّ البيّنة إنما تُرَادُّ لإثبات الحكم على المشهود عليه ، وهي (١) في حقّه إزالة ملكه عن ماله ، فثبت بهذا . وإن حصل به غرض آخر للمشهود له ، فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البيّنة ، ولأنّ العتق ممّا يَتَشَوَّفُ إليه ، ويُنْتَبَى (٢) على التّغليب والسّراية ، فينبغي أن يُسَهَّلَ طريقُ (٣) إثباته ، وإن كان الاختلاف بين العبد (٤) وورثة السيّد بعد موته ، فهو كما لو كان الخلاف مع السيّد ، إلا أن الدّعوَى صحيحة ، بغير خلاف ؛ لأنّهم لا يَمْلِكُونَ الرجوع ،

٢٠١/١١

(١-١) في ب ، م : أحد الوجهين .

(٢) في أ ، ب : وهو .

(٣) في الأصل : وينبى .

(٤) في الأصل : طرق .

(٥) في م : العبد .

وَأَيَّمَانُهُمْ عَلَى نَفْسِي الْعَلِيمِ ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ فِي فِعْلِ مَوْرُوْثِهِمْ ، وَأَيَّمَانُهُمْ عَلَى نَفْسِي فِعْلِهِ ، وَتَجِبُ
الْيَمِينُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ، وَمَنْ تَكَلَّ مِنْهُ ، عَتَقَ نَصِيْبَهُ ، وَلَمْ يَسْرِ إِلَى بَاقِيهِ . وَكَذَلِكَ
إِنْ أَقَرَّ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ بِفِعْلِ الْمَوْرُوْثِ ، لَا يَفْعَلُ الْمُقَرُّ ، وَلَا التَّكَايِلُ .

١٩٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا دَبَّرَ عَبْدُهُ ، وَمَاتَ ^(١) ، وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ ^(٢)
ذَيْنِ فِي ذِمَّةٍ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ ثُلُثَهُ ، وَكُلَّمَا أَقْتَضَى مِنْ ذَنْبِهِ شَيْءٌ ، أَوْ
خَضَرَ مِنْ مَالِهِ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ مِقْدَارَ ثُلُثِهِ كَذَلِكَ ، حَتَّى ^(٣) يَغْتَقِيَ ^(٤) كُلَّهُ
مِنَ الثَّلَاثِ ^(٥))

وجهلته ^(٥) أَنْ السَّيِّدَ إِذَا دَبَّرَ عَبْدَهُ ، وَمَاتَ ، وَلَهُ مَالٌ سِوَاهُ يَغْنَى بِثُلُثِي مَالِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ غَائِبٌ ،
أَوْ ذَيْنِ فِي ذِمَّةٍ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَغْتَقِ جَمِيعَ الْعَبْدِ ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَتَلَفَ الْغَائِبُ ، أَوْ يَتَعَدَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ / ٢٠١/١١ ظ
الذَّيْنِ ، فَيَكُونُ الْعَبْدُ جَمِيعَ التَّرَكَةِ ، وَهُوَ شَرِيكَ الْوَرَثَةِ فِيهَا ، لَهُ ثُلُثُهَا ، وَهُمْ ثُلَاثُهَا ، فَلَا
يَجُوزُ أَنْ يَحْصُلَ عَلَى جَمِيعِهَا ، وَلَكِنَّهُ يَنْجُزُ ^(٦) عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَيَبْقَى ثُلَاثُهُ مَوْقُوفًا ^(٧) ؛ لِأَنَّ ثُلُثَهُ
حُرٌّ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، لِأَنَّ أَسْوَأَ الْأَحْوَالِ أَنْ لَا يَحْصُلَ مِنْ سَائِرِ الْمَالِ شَيْءٌ ، فَيَكُونُ الْعَبْدُ
جَمِيعَ التَّرَكَةِ ، فَيَغْتَقِ ثُلُثَهُ ، كَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ ، ^(٨) وَكُلَّمَا أَقْتَضَى ^(٩) مِنَ الذَّيْنِ شَيْءٌ ،
أَوْ خَضَرَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدَبَّرِ قَدْرَ ثُلُثِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ مَائَةً ، وَقَدِمَ مِنْ ^(١٠)
الْغَائِبِ مَائَةً ، عَتَقَ ثُلُثَهُ الثَّانِي ، فَإِذَا قَدِمَتْ مَائَةٌ أُخْرَى ، عَتَقَ ثُلُثَهُ الْبَاقِي . وَإِنْ بَقِيَ لَهُ ذَيْنِ
بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ مَالٌ غَائِبٌ ، لَمْ يُؤَثِّرْ بَقَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ الْمَالِ يُخْرِجُ الْمُدَبَّرَ كُلَّهُ مِنْ

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) ب نداء : له .

(٣) ق م : متى . ه . تحريف .

(٤-٤) ق م : الثالث حتى كله .

(٥) ق م : وجهلة ذلك .

(٦) ق ا ، ب ، م : ينتجز .

(٧) ق م : موقوفين .

(٨-٨) ق الأصل : وما أقتضى .

(٩) سقط من : الأصل .

ثُلْثُهُ . وهذا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَلَهُمْ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا يَغْتَضِي مِنْهُ شَيْءٌ ، حَتَّى يُسْتَوْفَى مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ، أَوْ يَقْدَمَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، فَيَعْتَقَ مِنَ الْعَبْدِ قَدْرَ نِصْفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَرْتَ لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ ، وَالْعَبْدُ شَرِيكُهُمْ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْصُلَ عَلَى شَيْءٍ ، مَا لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ مِثْلُهُ . فَإِنْ تَلَفَ الْغَائِبُ ، وَيُسَّ مِنْ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ ، عَتَقَ ثُلْثَهُ حِينَئِذٍ ، وَمَلَكَوْا ثَلَاثِيهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ صَارَ جَمِيعَ التَّرَكَةِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ثُلْثَ الْعَبْدِ خَارِجٌ ^(١٠) مِنَ الثُّلْثِ يَقِينًا ، وَإِنَّمَا الشُّكُّ فِي الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ ، وَمَا خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ يَقِينًا ، يَجِبُ أَنْ يَكُونَ خُرًا يَقِينًا ، لِأَنَّ التَّذْيِيرَ صَحِيحٌ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَنْفَذُ فِي الثُّلْثِ ، وَوَقَفَ هَذَا الثُّلْثُ عَنِ الْعَتَقِ ، مَعَ يَقِينِ حُصُولِ الْعَتَقِ فِيهِ ، وَوُجُودِ الْمُقْتَضَى لَهُ ، وَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي وَقْفِهِ ، لَا مَعْنَى لَهُ ، وَكَوْنُ الْوَرْتِ لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ ، لِمَعْنَى اخْتِصَرَّ بِهِمْ ، لَا يُوجِبُ أَنْ لَا يَحْصُلَ لَهُ شَيْءٌ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ الْمَعْنَى فِيهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَبْرَأَ غَرِيمَهُ مِنْ دَيْنِهِ ، وَهُوَ جَمِيعُ التَّرَكَةِ ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنْ ثُلْثِهِ وَإِنْ ^(١١) لَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرْتِ شَيْءٌ . وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ مُوجَّلاً ، فَأَبْرَأَهُ مِنْهُ ، بَرَى مِنْ ثُلْثِهِ فِي الْحَالِ ، وَتَأَخَّرَ اسْتِيفَاءُ الثُّلَاثِينَ إِلَى الْأَجْلِ ^(١٢) . وَلَوْ كَانَ الْغَرِيمُ مُعْسِرًا ، بَرَى مِنْ ثُلْثِهِ فِي الْحَالِ ، وَتَأَخَّرَ الْبَاقِي إِلَى الْمَعْسِرَةِ . وَلَئِنْ تَأَخَّرَ عَتَقَ الثُّلْثُ لَا فَائِدَةَ لِلْوَرْتِ فِيهِ ، وَيَقُوتُ نَفْعُهُ لِلْمُدَبِّرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَثْبُتَ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ كُلَّهُ ، بِقُدُومِ الْغَائِبِ ، / أَوْ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ خُرًا حِينَ الْمَوْتِ ، فَيَكُونُ كَسَبِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَتَقَ بِالتَّذْيِيرِ ، وَوُجُودِ الشَّرْطِ الَّذِي عَلَّقَ عَلَيْهِ السَّيِّدُ حُرِّيَّتَهُ ، وَهُوَ الْمَوْتُ ، وَإِنَّمَا وَقَفْنَاهُ لِلشُّكِّ فِي خُرُوجِهِ مِنَ الثُّلْثِ ، فَإِذَا زَالَ الشُّكُّ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ حَاصِلًا قَبْلَ زَوَالِ الشُّكِّ . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ ثَلَاثًا رَقِيقًا ، وَلَمْ يَعْتَقِ مِنْهُ سِوَى ثُلْثِهِ . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَالِ ، رَقَّ مِنَ الْمُدَبِّرِ مَا زَادَ عَلَى قَدْرِ ثُلْثِ الْحَاصِلِ مِنَ الْمَالِ .

٢٠٢/١١

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُدَبِّرُ عَبْدَيْنِ ، وَلَهُ دَيْنٌ ، يَخْرُجَانِ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ، عَلَى تَقْدِيرِ حُصُولِهِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتَقُ مِمَّنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقُرْعَةُ قَدْرَ ثُلَاثَيْهِمَا ، وَكَانَ بَاقِيهِ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ مُوقُوفًا ، فَإِذَا اسْتَوْفَى مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ، كَمَلَ مِنْ عَتَقِ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ قَدْرَ ثُلَاثَيْهِ ،

(١٠) فِي ب : عَنْ « .

(١١) سَقَطَتْ « إِنْ » مِنْ : م .

(١٢) فِي ب : « أَجَل » .

وما فَضَّلَ عَتَقَ مِنَ الْآخَرِ ، كَذَلِكَ حَتَّى يَغْتَقَا جَمِيعًا ، أَوْ مَقْدَارُ الثَّلَاثِ مِنْهُمَا . وَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ ، لَمْ يَرِدْ^(١٣) الْعِتْقُ عَلَى قَدْرِ ثُلُثَيْهِمَا . وَإِنْ خَرَجَ الَّذِي وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ مُسْتَحَقًّا ، بَطَلَ الْعِتْقُ فِيهِ ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخَرِ ثُلَاثُهُ .

فصل : وَإِذَا ذَبَرَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ مِائَةُ دَيْنًا ، عَتَقَ ثُلَاثُهُ ، وَرَقَى ثُلَاثُهُ ، وَوَقَفَ ثُلَاثُهُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الثَّلَاثِ الْبَاقِي . وَإِذَا^(١٤) كَانَتْ لَهُ مِائَةٌ حَاضِرَةً مَعَ ذَلِكَ ، عَتَقَ مِنَ الْمُذَبَّرِ ثُلَاثُهُ ، وَوَقَفَ عِتْقُ^(١٥) ثُلَاثُهُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ .

فصل : وَإِنْ ذَبَرَ عَبْدَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ ابْنَانِ ، وَلَهُ مِائَتَانِ دَيْنًا عَلَى أَحَدِهِمَا ، عَتَقَ مِنَ الْمُذَبَّرِ ثُلَاثُهُ ؛ لِأَنَّ^(١٦) حِصَّةَ الَّذِي^(١٦) عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْهُ الْمُسْتَوْفَى ، وَيَسْقُطُ عَنِ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْهُ نِصْفُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرُ حِصَّتِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ ، وَيَبْقَى الْآخَرُ عَلَيْهِ مِائَةٌ ، كُلَّمَا اسْتَوْفِيَ مِنْهَا شَيْءٌ ، عَتَقَ قَدْرُ ثُلَاثِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْمِائَتَانِ دَيْنًا عَلَى الْاِثْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ ، عَتَقَ الْمُذَبَّرُ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ لَهُ^(١٧) بِسُقُوطِهِ^(١٨) مِنْ ذِمَّتِهِ .

فصل : فَإِنْ ذَبَرَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَخُلْفَ ابْنَيْنِ وَمِائَتَيْنِ ذِرَاهِي دَيْنًا لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، عَتَقَ مِنَ الْمُذَبَّرِ ثُلَاثُهُ ، وَسَقَطَ عَنِ الْغَرِيمِ مِائَةٌ ، وَكَانَ لِلْمُوصَى لَهُ^(١٩) سُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلِلْاِثْنَيْنِ / ثُلَاثُهُ ، وَيَبْقَى سُدُسُ الْعَبْدِ مَوْقُوفًا ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ الْمَالِ ٢٠٢/١١ ط ثُلَاثُهُ ، وَهُوَ الْعَبْدُ وَالْمِائَةُ السَّاقِطَةُ عَنِ الْغَرِيمِ ، وَثُلُثُ ذَلِكَ مَقْسُومٌ بَيْنَ الْمُذَبَّرِ وَالْوَصِيِّ نِصْفَيْنِ ، فَحِصَّةُ الْمُذَبَّرِ مِنْهُ ثُلَاثُهُ ، يَعْتَقُ فِي الْحَالِ ، وَيَبْقَى لَهُ السُّدُسُ^(٢٠) مَوْقُوفًا ، فَكُلَّمَا

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « بجز » .

(١٤) فِي ١ ، ب : « وَإِنْ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٦-١٦) فِي الْأَصْلِ : « حصته للذي » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « بالسقوط » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ .

(٢٠) فِي ١ ، ب : « سدس » .

أَقْضَى مِنَ الْمَائَةِ الْبَاقِيَةَ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدْبِرِ قَدْرُ سُدْسِهِ ، وَيَكُونُ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَ الْاِثْنَيْنِ^(٢١) وَالْوَصِيِّ اِثْنَلَاثًا ، فَإِذَا اسْتَوْفِيَتْ كُلُّهَا ، حَصَلَ لِلْاِثْنَيْنِ ثُلَاثَاهَا ، وَثُلُثُ الْعَبْدِ^(٢٢) وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَكُمُلَ فِي الْمُدْبِرِ عَتَقُ نِصْفِهِ ، وَحَصَلَ لِلْوَصِيِّ سُدْسُ الْعَبْدِ وَثُلُثُ الْمَائَةِ^(٢٣) ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ^(٢٤) . وَإِنْ كَانَ الدِّينُ عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَغْتَقِ مِنَ الْمُدْبِرِ إِلَّا سُدْسُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ مِنَ التَّرَكَةِ هُوَ الْعَبْدُ ، وَثُلُثُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَصِيِّ الْآخَرِ ، وَلِلْوَصِيِّ سُدْسُهُ ، وَلِكُلِّ ابْنِ سُدْسِهِ ، وَيَبْقَى ثُلُثُهُ مَوْقُوفًا ، فَكُلَّمَا أَقْضَى^(٢٥) مِنَ الدِّينِ شَيْءٌ ، عَتَقَ مِنَ الْمُدْبِرِ قَدْرُ سُدْسِهِ ، وَكَانَ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَ الْاِثْنَيْنِ وَالْوَصِيِّ أُسْدَاسًا ؛ لِلْوَصِيِّ سُدْسُهُ ، وَلِهَا خَمْسَةُ أُسْدَاسِهِ ، فَيَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ الْمَائَةِ وَثُلُثُهَا وَسُدْسُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَيَحْصُلُ لِلْوَصِيِّ سُدْسُ الْمَائَتَيْنِ وَسُدْسُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَيَغْتَقِ مِنَ الْمُدْبِرِ نِصْفَهُ ، وَهُوَ قَدْرُ حَقِّهِ .

١٩٧٦ - مسألة : قال : (وَإِذَا دُبِّرَ قَبْلَ الْبُلُوغِ كَانَ تَذْيِيرُهُ جَائِزًا ، إِذَا كَانَ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ فَصَاعِدًا ، وَكَانَ يُعْرِفُ التَّذْيِيرَ . وَمَا قُلْتُهُ فِي الرَّجُلِ ، فَالْمَرْأَةُ مِثْلُهُ ، إِذَا كَانَ لَهَا تِسْعُ سِنِينَ فَصَاعِدًا)

وجملته أن تذيير الصبي المميز ، ووصيته ، جائزة . وهو^(١) إحدَى الرّوايتين عن مالك ، وأحد قولَي الشافعي . قال بعض أصحابه : هو أصحُّ قوليه . وروى ذلك عن عمر ، وشريح ، وعبد الله بن عُتْبَةَ . وقال الحسن ، وأبو حنيفة : لا يصحُّ تذييره ، كالمجنون^(٢) . وهو الرواية الثانية عن مالك ، والقول الثاني للشافعي ؛ لأنه لا يصحُّ إعتاقه ، فلم يصحَّ تذييره ، كالمجنون . ولنا ، ما رَوَى سعيد^(٣) ، عن هُشَيْمٍ ، عن يحيى^(٤)

(٢١) في م : « الاثنین » .

(٢٢) (٢٢-٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣) (٢٣-٢٣) في الأصل : « وقدر حصته » .

(٢٤) في الأصل : « أقضى » .

(١) في م : « وهذا » .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في : باب وصية الصبي ، من كتاب الوصايا . السنن ١/١٢٦ ، ١٢٧ .

وتقدم ترجمته عند مالك والبيهقي ، في : ٥٠٩/٨ .

(٤) في ب ، م زيادة : « عن » .

ابن سعيد ، عن أبي بكر بن محمد ، أن غلاماً من الأنصار أوصى لأحوال له من غسان ،
 بأرض يقال لها : بئر جشم^(٥) ، فوُتت بثلاثين ألفاً ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب ،
 فأجاز الوصية . قال يحيى بن سعيد : وكان الغلام ابن عشر سنين ، أو اثنتي عشرة سنة .
 وروى أن قوماً سألوا / عمر ، رضي الله عنه ، عن غلام من غسان يافع ، وصى لثوبت^(٦)
 عمه ، فأجاز عمر وصيته^(٧) . ولم تعرف له مخالفاً ، ولأن صيحة وصيته وتذبيره أحظ له
 بيقين ، لأنه ما دام باقياً لا يلزمه ، فإذا مات كان ذلك صيلة وأجرًا ، فصحح ، كوصيته
 المخجور عليه لسنه ، ومخالف العتق ، لأن فيه تقويت ماله عليه في حياته ووقت
 حاجته . فأما تقييد من يصح تديره بمن له عشر سنين^(٨) ؛ فلقول النبي ﷺ :
 « اضربوهم عليها لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع »^(٩) . وهو الذي ورد فيه الخبر عن
 عمر ، رضي الله عنه . واعتبر المرأة تسع ؛ لقول عائشة ، رضي الله عنها : إذا بلغت
 الجارية تسع سنين ، فهي امرأة . وروى ذلك عن النبي ﷺ مرفوعاً^(١٠) . ولأنه السن الذي
 يمكن^(١١) بلوغها فيه ، ويتعلق بها^(١٢) أحكام سيوى ذلك .

فصل : ويصح منه الرجوع ، إن قلنا بصيحة الرجوع من المكلف ؛ لأن من صحح
وصيته ، صح رجوعه ، كالمكلف . وإن أراد بيع المدبر ، قام وليه في بيعه مقامه . وإن
أذن له وليه في بيعه ، فباعه ، صح منه .

فصل : ويصح تدير المخجور عليه لسنه ، ووصيته ؛ لما ذكرنا في الصبي . ولا
تصح وصية المجنون ، ولا تديره ؛ لأنه لا يصح شيء من تصرفاته . وإن كان يجن يوماً ،
ويبقى يوماً ، صح تديره في إفاقته .

(٥) في م : ١ : جلم .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٥٠٩/٨ .

(٧) سقط من : ١ : م .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٠/٢ .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٤٠٤/٩ .

(١٠) في الأصل : يكون .

(١١) في م : ١ : وه .

فصل : وَيَصِحُّ تَذْيِيرُ الْكَافِرِ ؛ ذِمًّا كَانَ أَوْ حَرَبِيًّا ، فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَدَارِ الْحَرْبِ ؛ لِأَنَّ لَهُ مِلْكًا صَاحِبِيًّا ، فَيَصِحُّ ^(١٦) تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، كَالْمُسْلِمِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ كَانَ مِلْكُهُ صَاحِبِيًّا ، لَمْ يَمْلِكْ عَلَيْهِ بَغْيِ اخْتِيَارِهِ . قُلْنَا : هَذَا لَا يُنَافِي الْمِلْكَ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ فِي النِّكَاحِ ، وَيَمْلِكُ زَوْجَتَهُ عَلَيْهِ بَغْيِ اخْتِيَارِهِ ، وَمَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ قَضَائِهِ ، أَخَذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِ مَا عَلَيْهِ بَغْيِ اخْتِيَارِهِ ، وَحُكْمُ تَذْيِيرِهِ ^(١٧) حُكْمُ تَذْيِيرِ الْمُسْلِمِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ^(١٨) . فَإِنْ أَسْلَمَ مُدَبِّرُ الْكَافِرِ ، أَمَرَ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، وَأَجْبَرَ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ يَنْقُصُ الْكَافِرُ مَالَهُ كَالْمُسْلِمِ ^(١٩) ، كَبَغْيِ الْمُدَبِّرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتْرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ ، وَيَتَّفِقَ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ ، / أَجْبَرَ سَيِّدُهُ ^(٢٠) عَلَى الْإِنْفَاقِ ^(٢١) عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ^{٢٠٣/١١} فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ بَيْعَ الْمُدَبِّرِ غَيْرُ جَائِزٍ ، وَلَئِنْ فِي بَيْعِهِ إِبْطَالُ سَبَبِ الْعِتْقِ ، وَإِزَالَةُ غَرَضِيَّتِهِ ، فَكَانَ إِتْقَانُهُ أَصْلَحَ ، فَتَعَيَّنَ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ . فَإِنْ قُلْنَا يَبِيعُهُ ، فَبَاعَهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : يَتْرَكَ فِي يَدِ عَدْلٍ . فَإِنَّهُ يَسْتَنْبِئُ مَنْ يَتَوَلَّى اسْتِعْمَالَهُ وَاسْتِكْسَابَهُ ، وَيَتَّفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَمَا فَضَلَ فَلْيَسَيِّدُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِتَفَقُّتِهِ ، فَالْبَاقِي عَلَى سَيِّدِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَ هُوَ وَسَيِّدُهُ عَلَى الْمُخَارَجَةِ ، جَازَ ، وَيَتَّفِقُ عَلَى نَفْسِهِ مِمَّا فَضَلَ مِنْ كَسْبِهِ ، فَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهُ ، عَتَقَ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَالْأَعْتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، وَيَبِيعُ الْبَاقِي عَلَى الْوَرِثَةِ إِنْ كَانُوا كُفَرَاءَ . وَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ الْمَوْتِ ، تَرَكَ . وَإِنْ رَجَعَ سَيِّدُهُ فِي تَذْيِيرِهِ ، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ ^(٢٢) الرُّجُوعِ ، يَبِيعُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَبِّرُ لِمُسْتَأْمِنٍ ^(٢٣) ، وَأَرَادَ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَلَمْ يَكُنْ أَسْلَمَ ، لَمْ يُمْتَنَعْ مِنْ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَسْلَمَ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ انْحَوَلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَأَوَّلَى أَنْ يُمْتَنَعَ مِنَ التَّمَكُّنِ ^(٢٤) بِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ .

(١٢) فِي ب ، م : « فَصَح » .

(١٣) فِي الْأَصْل : « وَتَذْيِيرُهُ » .

(١٤) فِي أ ، ب : « ذَكَرْنَاهُ » .

(١٥) فِي أ : « الْمُسْلِمِ » ، وَفِي ب ، م : « لِلْمُسْلِمِ » .

(١٦-١٧) فِي الْأَصْل : « بِالْإِنْفَاقِ » .

(١٧) فِي ب : « يَصَح » .

(١٨) فِي الْأَصْل : « لِلْمُسْلِمِينَ » . وَفِي م : « كَمُسْتَأْمِنٍ » .

(١٩) فِي الْأَصْل : « وَالتَّحْكِيمِ » .

١٩٧٧ - مسألة : قال : (وإذا قُتِلَ المُدَبِّرُ سَيِّدُهُ ، بَطُلَ تَذْيِيرُهُ)

إنما بَطُلَ^(١) تَذْيِيرُهُ بِقَتْلِهِ سَيِّدَهُ لِمَعْنَيَيْنِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ قَصَدَ اسْتِعْجَالَ الْعِنَقِ بِالْقَتْلِ الْمُحَرَّمِ ، فَمَرَّقَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ إِبْطَالُ التَّذْيِيرِ ، كَمَنْعِ الْمِيرَاثِ بِقَتْلِ الْمَوْرُوثِ ، وَلِأَنَّ الْعِنَقَ فَائِدَةٌ تُحْصَلُ بِالمَوْتِ ، فَتَنْتَفِي بِالْقَتْلِ ، كَالْإِزْثِ وَالْوَصِيَّةِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ التَّذْيِيرَ وَصِيَّةٌ ، فَتَبْطُلُ بِالْقَتْلِ ، كَالْوَصِيَّةِ بِالمَالِ . وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا عِنَقُ أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لَكُونِهِ^(٢) آكَدٌ ، فَإِنَّهَا صَارَتْ بِالِاسْتِيْلَادِ بِحَالٍ لَا يُمَكِّنُ نُقْلَ الْمَلِكِ فِيهَا بِحَالٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يُجْزَ بَيْعُهَا ، وَلَا هَبُّهَا ، وَلَا رَهْنُهَا ، وَلَا الرُّجُوعُ عَنْ ذَلِكَ بِالْقَوْلِ ، وَلَا غَيْرِهِ ، وَالْإِزْثُ نَوْعٌ مِنَ النُّقْلِ ، فَلَوْ لَمْ تُعْنَقْ^(٣) بِمَوْتِ سَيِّدِهَا^(٤) لَأَنْتَقَلَ الْمَلِكُ فِيهَا إِلَى الْوَارِثِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ ، وَلِأَنَّ سَبَبَ حُرِّيَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ الْفِعْلُ وَالْبَعْضِيَّةُ الَّتِي حَصَلَتْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ سَيِّدِهَا بِوَأَسِطَةِ وَلَدِهَا ، وَهَذَا آكَدُ مِنَ الْقَوْلِ ، وَهَذَا انْتَقَدَ اسْتِيْلَادُ الْمُحْجُونِ ، وَلَمْ يَنْفُذْ عِثْقُهُ وَلَا تَذْيِيرُهُ ، وَسَرَى حُكْمُ اسْتِيْلَادِ الْمُعْسِرِ إِلَى تَصْيِبِ شَرِيكِهِ ، بِخِلَافِ / الْإِعْتَاقِ ، وَعَنْتَقَتْ^(٥) ٢٠٤/١١ مِنْ رَأْسِ المَالِ ، وَالتَّذْيِيرُ لَا يَنْفُذُ إِلَّا فِي الثَّلَاثِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْعُرْمَاءُ إِبْطَالَ عِنَقِهَا وَإِنْ كَانَ سَيِّدُهَا مُفْلِسًا ، بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنَ الْحُكْمِ فِي مَوْضِعٍ ، تَأْكُذُ الْحُكْمُ فِيمَا دُونَهُ ، كَمَا لَمْ يَلْزَمْ الْإِحَاقَةُ بِهِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الَّتِي اقْتَرَفَافِهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْقَتْلِ عَمْدًا ، أَوْ خَطَأً ، كَمَا لَا فَرْقَ بَيْنَ ذَلِكَ فِي حِرْمَانِ الْإِزْثِ ، وَإِبْطَالِ وَصِيَّةِ الْقَاتِلِ .

فصل : فَأَمَّا سَائِرُ جَنَايَاتِهِ ، غَيْرَ قَتْلِ سَيِّدِهِ ، فَلَا تَبْطُلُ تَذْيِيرُهُ ، لَكِنْ إِنْ كَانَتْ جَنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، أَوْ مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فَعَفَا الْوَلِيُّ إِلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ الْمَالُ بِرَقَبَتِهِ ، فَمَنْ جَوَّزَ بَيْعَهُ ، جَعَلَ سَيِّدَهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِهِ فَيُباعُ فِي الْجَنَايَةِ ، وَبَيْنَ فِدَائِهِ ، فَإِنْ سَلَّمَهُ فِي الْجَنَايَةِ فَبِيعَ فِيهَا ، بَطُلَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ عَادَ إِلَى سَيِّدِهِ ، عَادَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، وَفَدَّاهُ بِمَا يُفَدِّي بِهِ الْعَبْدَ ، فَهُوَ مُدَبِّرٌ بِحَالِهِ . وَمَنْ لَمْ يُجْزَ بَيْعَهُ ، عَيْنَ فِدَاءِهِ عَلَى سَيِّدِهِ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ . وَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فَاقْتَصَّ مِنْهُ فِي النَّفْسِ ، بَطُلَ تَذْيِيرُهُ ، وَإِنْ اقْتَصَّ مِنْهُ

(١) فِي ب ، م ، : يَطْلُ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : لِأَنَّهُ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

في الطرف ، فهو مُدَبِّرٌ بحاله . وإذا مات سيِّده بعد جنائته ، وقبل استيفائها ، عَتَقَ ، على كلِّ حالٍ ، سواءَ كانت مُوجِبَةً للمالِ أو القصاصِ ؛ لأنَّ صِفَةَ الْعَتَقِ وَجَدَتْ^(١) فيه ، فأشْبَهَ مالو بِأَشْرِهِ بِهِ . فإنَّ^(٢) كان الواجبُ قِصاصًا ، استوفى ، سواءَ كانت جنائته على عبدٍ أو حرٍّ ؛ لأنَّ القصاصَ قد اسْتَقَرَّ وَجُوبُهُ عَلَيْهِ في حالِ رِقِّهِ ، فلا يَسْقُطُ بِحُدُوثِ الْحُرِّيَّةِ فيه . وإن كان الواجبُ عليه مَالًا في رِقَّتِهِ ، فُدِيَ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ ؛ من قِيَمَتِهِ ، أو أَرْضِ جَنَائِهِ . وإن جُنِيَ على المُدَبِّرِ ، فَأَرِشَ الْجِنَايَةَ لِسَيِّدِهِ ؛ فإن كانت الجنايةُ على نفسه ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَبَطَلَ التَّدْبِيرُ بِهَلَاكِهِ . فإن قيل : فَهَلَّا جَعَلْتُمْ قِيَمَتَهُ قَائِمَةً مَقَامَهُ ، كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ وَالْمَوْقُوفِ^(٣) إِذَا جُنِيَ عَلَيْهِ ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ^(٤) كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَقْفِ^(٥) وَالرَّهْنِ لَازِمٌ ، فَتَعَلَّقَ الْحَقُّ بِبَدَلِهِ ، وَالتَّدْبِيرُ غَيْرُ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِبْطَالَهُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الْحَقُّ بِبَدَلِهِ . الثَّانِي ، / أَنَّ الْحَقَّ فِي التَّدْبِيرِ لِلْمُدَبِّرِ ، فَيَبْطُلُ حَقُّهُ بِفَوَاتٍ مُسْتَحَقَّةٍ ، وَالبَدَلُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الِاسْتِحْقَاقِ ، وَالْحَقُّ فِي الْوَقْفِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي الرَّهْنِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَهُوَ بَاقٍ ، فَيُثْبِتُ حَقَّهُ فِي بَدَلِ مَحَلِّ حَقِّهِ^(٦) . الثَّالِثُ ، أَنَّ الْمُدَبِّرَ إِنَّمَا ثَبَتَ حَقُّهُ بِوُجُودِ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَإِذَا هَلَكَ قَبْلَ سَيِّدِهِ ، فَقَدْ هَلَكَ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَدَلٌ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ وَالْوَقْفِ ، فَإِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِيهِمَا ، فَقَامَ بَدَلُهُمَا مَقَامَهُمَا ، وَبَيْنَ الرَّهْنِ وَالْمُدَبِّرِ فَرْقٌ رَابِعٌ ، وَهُوَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْقِيَمَةَ ، وَلَا يُمَكِّنُ وَجُودُ^(٧) التَّدْبِيرِ فِيهَا ، وَلَا قِيَامُهَا مَقَامَ الْمُدَبِّرِ فِيهِ ، وَإِنْ أَخَذَ عَبْدًا مَكَانَهُ ، فَلَيْسَ هُوَ الْبَدَلُ ، إِنَّمَا هُوَ بَدَلُ الْقِيَمَةِ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ؛ فَإِنَّ الْقِيَمَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ زَهْنًا ، فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا يَلْزِمُ عَلَيْهِ الْمَوْقُوفُ ، فَإِنَّهُ إِذَا قِيلَ : أُخِذَتْ قِيَمَتُهُ ، فَأَشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَكُونُ وَفَقًا مَكَانَهُ . قُلْنَا : قَدْ حَصَلَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمُدَبِّرِ وَالرَّهْنِ مِنَ الْوُجُوهِ

(١) سقط من : الأصل .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦-٦) سقط من : الأصل .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، ثم جاء بعد قوله : « فراق أربع وهو » . الآتي ، اضطراب في النسخة .

(٨) في الأصل : وجوب .

الثلاثة ، وَكَوْنُهُ لَا يَحْصُلُ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَقْفِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ ، لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَحْصُلَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّهْنِ بِهِ .

فصل : وإذا دَبَّرَ السَّيِّدُ عِبْدَهُ ، ثُمَّ كَاتَبَهُ ، جَازَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وهذا قول ابن مسعود^(٩) ، وأبي هُرَيْرَةَ ، والحسن . وَلَقَطَ حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنْ مُجَاهِدٍ ، قَالَ : دَبَّرَتْ امْرَأَةٌ مِنْ قُرَيْشٍ خَادِمَهَا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تُكَاتِبَهُ ،^(١٠) قَالَ : فَكُنْتُ الرَّسُولَ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ ، فَقَالَ : كَاتِبِيهِ ، فَإِنْ أَدَّى كِتَابَتَهُ^(١١) فَذَلِكَ ، وَإِنْ حَدَّثَ بِكَ حَدَّثْتُ ، عَتَقْتُ . قَالَ : وَأَرَاهُ قَالَ : عَلَى^(١٢) مَا كَانَ عَلَيْهِ لَهُ^(١٣) . وَلَأَنَّ التَّدْبِيرَ إِنْ كَانَ عِتْقًا بِصِفَةٍ ، لَمْ يَمْنَعْ الْكِتَابَةَ ، كَالَّذِي عَلَّقَ عِتْقَهُ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَإِنْ كَانَ وَصِيَّةً ، لَمْ يَمْنَعْهَا ، كَالْوَصِيِّ بِعِتْقِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُ ، وَلَأَنَّ التَّدْبِيرَ وَالْكِتَابَةَ سَبَبَانِ لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، كَتَدْبِيرِ الْمُكَاتِبِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَطَلَّلُ بِالْكِتَابَةِ ، إِذَا قُلْنَا : هُوَ وَصِيَّةٌ . كَالْوَصِيِّ بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ كَاتَبَهُ . وهذا بخالف^(١٤) ظاهر كلام أحمد ، وهو غير صحيح في نفسه . ويُفَارِقُ / ٢٠٥/١١ التَّدْبِيرَ الْوَصِيَّةَ بِهِ لِرَجُلٍ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ لَا يَتَنَافِيَانِ ، إِذْ^(١٥) كَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهُمَا جَمِيعًا الْعِتْقَ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا ، كَانَ آكَدَ لِحُصُولِهِ^(١٦) ، فَإِنَّهُ إِذَا فَاتَ عِتْقُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا ، حَصَلَ بِالْآخَرِ ، وَأَيُّهُمَا وَجَدَ قَبْلَ صَاحِبِهِ ، حَصَلَ الْعِتْقُ بِهِ ، وَمَقْصُودُ الْوَصِيَّةِ بِهِ^(١٧) وَالْكِتَابَةِ^(١٨) يَتَنَافِيَانِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُرَادُّ لِلْعِتْقِ ، وَالْوَصِيَّةَ تُرَادُّ لِلْحُصُولِ الْجَلِّ فِيهِ

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة : في : باب في الرجل يكتب مديره ... ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٣٧٦/٦ .

(١٠-١١) سقط من : ١ .

(١١) سقط من : ١ .

(١٢) أخرجه البيهقي : في : باب المديري يعني ... ، من كتاب المدير . السنن الكبرى ٣١٤/١٠ . وابن أبي شيبة ،

في : باب في الرجل يكتب مديره ... ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٧٥/٦ .

(١٣) في الأصل : بخلاف .

(١٤) في الأصل : إذا .

(١٥) في الأصل ، أ ، ب : بمصولة .

(١٦) سقط من : الأصل ، ب .

(١٧) سقط من : م .

للموصى له ، ولا يجتمعان . إذا ثبت هذا ، فإنه إن أدى في حياة السيد ، صار حراً بالكتابة ، وبطل التذير ، وإن مات السيد قبل الأداء ، عتق بالتذير إن خرج من الثلث ، وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، وسقط^(١٨) من الكتابة بقدر ما عتق ، وكان على الكتابة فيما بقي . وإن أدى البعض ، ثم مات سيده ، عتق كله ، وسقط باقي الكتابة إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، وسقط^(١٨) مما^(١٩) بقي من الكتابة بقدر ثلث المال ، وأدى ما بقي .

(١٨-١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) ب : ما .

كتاب المكاتب

الكتابة : إعتاق^(١) السيد عبده على مال في ذمته يؤدى موجلاً ؛ سُميت^(٢) كتابة ؛ لأن السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه . وقيل : سُميت^(٣) كتابة من الكتب ، وهو الضم ؛ لأن المكاتب^(٤) يضم بعض النجوم إلى بعض ، ومنه سُمي الخرز كتاباً ؛ لأنه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخرزه . وقال الحريري^(٥) :

وكاتبين وما خطت أنا ملهم خرقاً ولا قرأوا ما خط في الكتب
وقال ذو الرمة ،^(٦) (في ذلك المعنى :

وقراء غريبة أنأى حوارزها مثلشيل ضيعته بينها الكتب^(٧)

يصف قرية يسيل الماء من بين خريها . وسُميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض ، والمكاتب يضم بعض نجومه إلى بعض ، والنجوم ههنا الأوقات المختلفة ؛ لأن العرب كانت لا تعرف الحساب ، وإنما تعرف الأوقات / يطلووع النجوم ، كما قال ٢٠٥/١١ ظ بعضهم^(٨) :

(١) في الأصل : عتاق ؛ .

(٢) في ١ ، ب : سمي ؛ .

(٣) سقط من : ١ ، ب .

(٤) في الأصل : المكاتب ؛ .

(٥) القاسم بن علي بن محمد البصري ، صاحب المقامات ، ولد سنة ست وأربعين وأربعمائة ، وتوفي سنة ست عشرة وخمسة بالبصرة . وفات الأعيان ٦٣/٤ - ٦٨ .

(٦-٦) سقط من : الأصل ، ١ ، ب . والبيت في ديوانه ١١/١

(٧) البواء : الواسعة . غريبة : ديفت بالغرف ، وهو شجر . أنأى حوارزها : النأى أن تلتقى الحزتان فتصير واحدة . المشلش : الذي يكاد يتصل قطره . الكتب : الخرز .

(٨) الرجز غير مغزوف في : جمهرة اللغة ٦٢/١ ، تهذيب اللغة ١٢٦/٦ ، المخصص ١٦/٩ ، اللسان والناج (ح ق ي) .

إذا سُئِلَ أَوَّلَ اللَّيْلِ طَلَعَ فَابْنُ اللَّبُونِ الْحَقُّ وَالْحَقُّ جَدَّعٌ^(٩)

فَسُمِّيَتْ الْأَوْقَاتُ نَجُومًا . وَالْأَصْلُ فِي الْكِتَابَةِ ؛ الْكِتَابُ ، وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ .
أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ
إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾^(١٠) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى^(١١) سَعِيدٌ^(١٢) ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ
الرُّهْرِيِّ ، عَنْ نُبَهَانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « إِذَا كَانَ
لَا خَدَاكُنْ مَكَائِبَ ، فَسَلِّكَ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »^(١٣) . وَرَوَى سَهْلُ بْنُ
حُنَيْفٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ أَعَانَ غَارِمًا ، أَوْ غَارِيًا ، أَوْ مُكَاتِبًا فِي كِتَابَتِهِ ، أَظْلَهُ
اللَّهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ »^(١٤) . فِي أَحَادِيثَ كَثِيرَةٍ سِوَاهُمَا ، وَأُجْمَعَتْ^(١٥) الْأُمَّةُ عَلَى
مَشْرُوعِيَّةِ الْكِتَابَةِ .

فصل : إذا سَأَلَ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ مُكَاتِبَتَهُ ، اسْتَحَبَّ لَهُ إِجَابَتُهُ ، إِذَا عَلِمَ فِيهِ خَيْرًا ، وَلَمْ
يَجِبْ ذَلِكَ . فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ،
وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا وَاجِبَةٌ ، إِذَا دَعَا الْعَبْدُ
الْمُكْتَسِبُ^(١٦) الصَّدُوقَ سَيِّدَهُ إِلَيْهَا ، فَعَلِيهِ إِجَابَتُهُ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالضَّحَّاكِ ، وَعَمْرُو
ابْنِ دِينَارٍ ، وَدَاوُدَ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : أَخْشَى أَنْ يَأْتِمَّ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، وَلَا يُجْبَرَ عَلَيْهِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ
قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ . وَرَوَى أَنَّ
سَيِّدِينَ أَبَا مُحَمَّدٍ بِنِ سَيِّدِينَ ، كَانَ عَبْدًا لَأَنَسٍ بِنِ مَالِكٍ ، فَسَأَلَهُ أَنْ يُكَاتِبَهُ ، فَأَبَى ، فَأَخْبَرَ

(٩) الحق من أولاد الإنبل : الذي بلغ أن يركب ويعمل عليه ويضرب الناقة . والبعير يجمع لاستكمالها أربعة أعوام ودخوله في
السنة الخامسة ، وهو قبل ذلك حق .

(١٠) سورة النور ٣٣ .

(١١) (١١) ب ، م ، : فساوي .

(١٢) (١٢) تقدم تحريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(١٣) (١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) (١٤) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٧/٣ . والبيهقي ، في : باب فضل من أعان مكاتباً في رقبته ، من كتاب

المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٠/١٠ .

(١٥) (١٥) في الأصل : واجتمعت .

(١٦) (١٦) في الأصل : المكتب .

سيرين عمر بن الخطاب بذلك ، فَرَقَ الدَّرَّةَ على أنس ، وقرأ عليه : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ
الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَمَكَاتُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . فكتبه أنس ^(١٧) .
ولنا ، أنه إغتاغ بعوض ، فلم يجب ، كالا ستسعاء ، والآية محمولة على التذنب ، وقول
عمر ، رضي الله عنه ، يُخَالِفُ فَعَلَ أنس . ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا يجب
إجابتة . قال أحمد : الخير صديق ، وصلاح ، ووفاء بمال الكتابة . ونحو هذا قال إبراهيم ، / ٢٠٦/١١
وعمر بن دينار ، وغيرهما ، وعبارتهم في ذلك مختلفة ، قال ابن عباس : غناء ^(١٨) ، وإعطاء
للمال . وقال مجاهد : غناء ^(١٨) ، وأداء . وقال الثعلبي : صديق ، ووفاء . وقال عمرو
ابن دينار : مال ، وصلاح . وقال الشافعي : قوة ^(١٩) على الكسب ، وأمانة . وهل تذكره
كتابة من لا كسب له أو لا ؟ قال القاضي : ظاهر كلام أحمد كراهيته . وكان ابن عمر ،
رضي الله عنه ، يذكره ^(٢٠) . وهو قول مسروق ، والأوزاعي . وعن أحمد ، رواية أخرى ،
أنه لا يذكره . ولم يذكره الشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وطائفة من أهل العلم ، لأن
جوبة بنت الحارث ، كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري ، فأنبت النبي ﷺ
تستعينه في كتابتها ، فأدّى عنها كتابتها ، وتزوجها ^(٢١) . واحتج ابن المنذر ، بأن بيرة
كاتب ولا جرفها ، ولم يذكر ذلك رسول الله ﷺ ^(٢٢) . ووجه الأول ما ذكرنا في عتقه ،
ويتبين أن ينظر في المكاتب ، فإن كان ممن يقتصر بالكتابة ويضيع ، لعجزه عن الإنفاق

(١٧) ذكره البخاري ، في : باب إن من قذف مملوكه ، من كتاب المكاتب . صحيح البخاري ١٩٨/٣ . وأخرجه
البيهقي ، في : باب من قال : يجب على الرجل مكاتبه ... ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣١٩/١٠ . وعبد
الرزاق ، في : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧٢ ، ٣٧١/٨ .

(١٨) في ب ، م : غنى .

(١٩) في الأصل : قدرة .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في تفسير قوله تعالى : ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن
الكبرى ٣١٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف
٣٧٤/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يكاتب عبده ... ، من كتاب البيوع والأفضية . ٢٣/٧ .

(٢١) أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٧/٢ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٢٧٧/٦ .

(٢٢) تقدم شرح حديث بيرة ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

على نفسه ، ولا يجد من ينفق عليه ، كرهت كتابته ، وإن كان يجد من يكفيه مؤنته ، لم تكره كتابته ؛ لحصول النفع بالحرية من غير ضرر . فأما جويرية ، فإنها كانت ذات أهل^(٢٣) ، وكانت ابنة سيد قومه ، فإذا عتقت ، رجعت إلى أهلها ، فأخلف الله لها خيراً من أهلها ، فتزوجها رسول الله ﷺ ، وصارت إحدى أمهات المؤمنين ، وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومه ، حين بلغهم أن رسول الله ﷺ تزوجها ، وقالوا : أصهار^(٢٤) رسول الله ﷺ . فلم ير امرأة أعظم بركة على قومها منها . وأما برة ، فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك ، وأنه ليس بمنكر^(٢٥) ، ولا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في كراهته^(٢٦) . قال مسروق : إذا سأل العبد مولاه الكتابة^(٢٧) ؛ فإن كان له مكسبة ، أو كان له مال ، فليكتبه ، وإن لم يكن له مال ولا مكسبة ، فليحسن مملكته ، ولا يكلفه إلا طاقته .

ظ ٢٠٦/١١

فصل : لا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه / فأما المجنون والطفل ، فلا تصح مكاتبتهما لرقبتهما ، ولا مكاتبه سيدهما هما ، وأما الصبي المميز ؛ فإن كاتب عبده بإذن وليه^(٢٨) ، صح . ويحتمل أن لا يصح ، بناء على قولنا : إنه لا يصح بيعه بإذن وليه ، لأن هذا عقد اعتاق ، فلم يصح منه ، كالعتق^(٢٩) بغير مال ، فأما إن لم يأذن وليه فيه ، فلا يصح بحال ، وإن كاتب المميز سيده ، صح . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح فيها جميعاً بحال ؛ لأنه ليس بمكلف ، فأشبه المجنون . ولنا ، أنه يصح تصرفه^(٣٠) ويبيعه بإذن وليه ، فصحت منه الكتابة بذلك ، كالمكلف ، ودليل صحة تصرفه قول الله

(٢٣) ل ب ، م ، زيادة : ومال .

(٢٤) في الأصل : صاهر .

(٢٥) في الأصل : مكروه .

(٢٦) في الأصل : كراهيته .

(٢٧) في ١ ، م : المكتابة .

(٢٨) في الأصل : وصيه .

(٢٩) ل ب : كالعتق .

(٣٠) ل م : كان .

(٣١) ق ب زيادة : فيه .

تعالى : ﴿ وَاتَّبِعُوا أَلْفَافًا حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ (٣٢). والابتلاء الاختبار له ، بتفويض التصرف إليه ، ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا ؟ وهل يعين في بيعه وشراؤه أو لا ؟ وإيجاب السيد لعبد المميز المكاتب إذن له في قبولها . إذ اثبت هذا ، فإن كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً ، فلا حكم لتصرفه ولا قوله . وإن كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون ، لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة ؛ لأنه لا حكم لقولهما ، ولكن إن قال : إن أدتني إلى ، فأنتما حران . فأدنيا ، عتقا (٣٣) بالصفة لا بالكتابة (٣٤) ، وما في أيديهما السيد هما ، وإن لم يقل ذلك ، لم يعتقا . ذكره أبو بكر . وقال القاضي : يعتقان . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الكتابة (٣٥) تتضمن معنى الصفة ، فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة ، كالوقال : إن أدتني إلى ، فأنت حر . ولنا ، أنه ليس بصفة صريحا ولا معنى ، وإنما هو عقد باطل ، فأشبهه البيع الباطل .

فصل : وإذا كاتب الذمى عبده المسلم ، صح ؛ لأنه عقد معاوضة ، أو عتق بصفة ، وكلاهما يصح منه (٣٦) . وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة (٣٧) ، نُظر في العقد ؛ فإن كان موافقا للشرع ، أمضاه ، سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده ، وإن كانت (٣٨) كتابة فاسدة ، مثل أن يكون العوض حراما ، أو خنزيرا ، أو غير ذلك من أنواع الفساد ، ففيه / ٢٠٧/١١ ثلاث مسائل ؛ إحداهما ، أن يكونا قد تقابضا حال الكفر ، فتكون الكتابة (٣٩) ماضية ، والعتق حاصل ؛ لأن مائت في حال الكفر ، لا ينقضه الحاكم ، ويحكم بالعتق ، سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده . الثانية ، تقابضا بعد الإسلام ، ثم ترافعا إلى الحاكم ، فإنه يعتق أيضا ؛ لأن هذه كتابة فاسدة ، ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المفقودة في الإسلام ، على ما سذكره ، إن شاء الله تعالى . الثالثة ، ترافعا قبل قبضي العوض الفاسد ، أو قبضي بعضه ، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ، ويبطلها (٤٠) ؛ لأنها كتابة فاسدة ، لم

(٣٢) سورة النساء ٦ .

(٣٣) في م : ١ عتق .

(٣٤) في الأصل : ١ بالمكاتب .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) في الأصل : ١ المكاتب .

(٣٧) في ب ، م : ١ كاتب .

(٣٨) في ب ، م : ١ ويبطل .

يَتَّصِلُ بِهَا قَبْضٌ تَتَبَّرُ بِهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ إِسْلَامِيهِمَا ، أَوْ إِسْلَامِ أَحَدِهِمَا ، فِيمَا ذَكَرْنَاهُ ، لِأَنَّ التَّغْلِيْبَ لِحُكْمِ^(٣٩) الْإِسْلَامِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى خُمْرٍ ، ثُمَّ أَسْلَمَ^(٤٠) ، لَمْ يَنْفُسِدِ الْعَقْدُ ، وَيُؤَدِّي قِيَمَةَ الْخُمْرِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ^(٤١) كَالنِّكَاحِ ، وَلَوْ أَمْتَهَرَهَا خُمْرًا ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، بَطَلَ الْخُمْرُ ، وَلَمْ يَبْطُلِ النِّكَاحُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَوْ عَقَّدَهُ الْمُسْلِمُ كَانَ فَاسِدًا ، فَإِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ التَّقَابُضِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، حُكِمَ بِفَسَادِهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، وَيُفَارِقُ النِّكَاحَ ،^(٤٢) فِي أَنَّهُ^(٤٣) لَوْ عَقَّدَهُ الْمُسْلِمُ بِخُمْرٍ^(٤٤) كَانَ صَحِيحًا ، وَإِنْ أَسْلَمَ مُكَاتِبٌ الدُّمَى ، لَمْ^(٤٥) تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ^(٤٦) ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ صَحِيحَةً ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ بِالْكِتَابَةِ عَنْ تَصَرُّفِ الْكَافِرِ فِيهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، أُجْبِرَ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ حِينَئِذٍ .^(٤٧) وَإِنْ اشْتَرَى مُسْلِمًا ، فَكَاتَبَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ بَاطِلٌ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ بِهِ مِلْكٌ . وَإِنْ أَسْلَمَ عَبْدُهُ فَكَاتَبَهُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، لَمْ يَصِحَّ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ^(٤٨) إِزَالَةُ مِلْكِهِ عَنْهُ ، وَالْكِتَابَةُ لَا تُزِيلُ الْمِلْكَ ، فَإِنَّ الْمُكَاتِبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ بِهَا عَنْ تَصَرُّفِ سَيِّدِهِ فِيهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا قَتْلًا ، وَأُجْبِرَ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ حِينَئِذٍ^(٤٩) .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَ الْحَرَبِيُّ عَبْدَهُ ، صَحَّتْ كِتَابَتُهُ ، سَوَاءً كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ دَارِ الْإِسْلَامِ^(٥٠) . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ نَاقِصٌ . وَحَكَى عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ^(٥١) الْمُسْلِمَ يَمْلِكُهُ^(٥٢) عَلَيْهِ . وَلَنَا ، / قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَوْزَنَكُمْ أَرْضَهُمْ وَيَدَيْرَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ﴾^(٥٣) . وَهَذِهِ الْإِضَافَةُ إِلَيْهِمْ^(٥٤) تَقْتَضِي

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « بِحُكْمِ » .

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : « أَسْلَمَ » .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٤٢) (٤٢-٤٣) فِي ١ ، ب ، م ، « فَإِنَّهُ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « وَصَحَّ » .

(٤٤) (٤٤-٤٥) فِي الْأَصْلِ : « تَنْفَسَخَ الْمَكَاتِبَةُ » .

(٤٥) (٤٥-٤٦) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٤٦) فِي ١ ، ب ، م ، « يَلْزَمُ » .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ : « السَّلَامُ » .

(٤٨) (٤٨-٤٩) فِي ١ ، م ، « لِلْمُسْلِمِ تَمْلِكُهُ » .

(٤٩) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٢٧ .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

صِحَّةً أَمَلَا كِهِمْ ، فَتَفْتَضِي صِحَّةً تَصْرِفَاتِهِمْ . فَإِذَا بَتَّ هَذَا ، إِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ دَخَلَ مُسْتَأْمِنِينَ إِلَيْنَا ، لَمْ يَتَعَرَّضْ الْحَاكِمُ لَهَا ، وَإِنْ تَرَاْعَا إِلَيْهِ ، نَظَرَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ كَانَتْ كِتَابَتُهُمَا صَحِيحَةً ، أَلَزَمَهُمَا حُكْمَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً ، بَيَّنَّ لَهَا فِسَادَهَا . وَإِنْ جَاءَا ، وَقَدْ قَهَرَا أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِنْ قَهَرَ سَيِّدَهُ مَلَكَهُ ، فَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ ؛ لَخُرُوجِهِ ^(٥١) عَنْ يَمْلِكِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ قَهَرَهُ السَّيِّدُ عَلَى إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ ، وَرَدَّهُ رَقِيقًا ، بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ دَارَ الْكُفْرِ دَارُ قَهَرٍ وَإِبَاحَةٍ ، وَهَذَا الْقَهَرُ حُرٌّ حُرًّا عَلَى نَفْسِهِ مَلَكَهُ . وَإِنْ دَخَلَ مَنْ غَيْرِ قَهَرٍ ، فَقَهَرَا أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، لَمْ تُبْطَلِ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَا عَلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ دَارُ حَظَرٍ ، لَا يُؤْثَرُ فِيهَا الْقَهَرُ إِلَّا بِالْحَقِّ . وَإِنْ دَخَلَ مُسْتَأْمِنَيْنِ ، ثُمَّ أَرَادَا الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، لَمْ يُمْنَعَا . وَإِنْ أَرَادَ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ ، وَأَخَذَ الْمُكَاتِبَ مَعَهُ ، فَأَتَى الْمُكَاتِبَ الرُّجُوعَ مَعَهُ ، لَمْ يُجَبَّرْ ؛ لِأَنَّهُ بِالْكِتَابَةِ زَالَ سُلْطَانُهُ ^(٥٢) عَنْهُ ، وَإِلْمَالُهُ فِي ذِمَّتِهِ حَقٌّ ، وَمَنْ لَهُ ذِمَّةٌ ^(٥٣) فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهِ بِحَقٍّ ^(٥٤) ، لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى السَّفَرِ مَعَهُ لِأَجْلِهِ ، وَيُقَالُ لِلْسَّيِّدِ : إِنْ أَرَدْتَ الْإِقَامَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، لَتَسْتَوْفِي مَالَ الْكِتَابَةِ ، فَاعْقِدِ الذِّمَّةَ وَأَقِمَّ ، إِنْ كَانَتْ مُدَّتُهَا طَوِيلَةً ، وَإِنْ أَرَدْتَ تَوَكُّلَ مَنْ يَقْبِضُ لَكَ نُجُومَ الْكِتَابَةِ ، فَافْعَلْ . فَإِذَا أَدَّى نُجُومَ الْكِتَابَةِ ، عَتَقَ ، ثُمَّ هُوَ مُخَيَّرٌ ؛ إِنْ أَحَبَّ الْمَقَامَ ^(٥٥) فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، عَقَدَ عَلَى نَفْسِهِ الذِّمَّةَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الرُّجُوعَ ، لَمْ يُمْنَعْ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَفَسَخَ السَّيِّدُ كِتَابَتَهُ ، عَادَ/ رَقِيقًا ، وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَالْأَمَانُ لَهُ بَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ ، وَسَيِّدُهُ عَقَدَ الْأَمَانَ لِنَفْسِهِ وَمَالِهِ ، فَإِذَا انْتَقَضَ الْأَمَانُ فِي نَفْسِهِ ، بَعُودُهُ ، لَمْ يَنْتَقِضْ فِي مَالِهِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ ، فَهَرَبَ ، وَدَخَلَ إِلَيْنَا ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ ^(٥٦) مَلَكَهُ زَالَ عَنْهُ بِقَهَرِهِ عَلَى نَفْسِهِ ، فَأُشْبِهَ مَالُ الْقَهَرِ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ مَالِهِ . وَسَوَاءُ جَاءَا مُسْلِمًا أَوْ غَيْرَ

٢٠٨/١١ و

(٥١) ق ب : بخروجه .

(٥٢) ق م : ملكه وسلطانه .

(٥٣) سقط من : م .

(٥٤) سقط من : ا . وفي م : حق .

(٥٥) ق م : أن يقيم .

(٥٦) ق م : فلان .

مسلم . وإن جاءنا^(٥٧) بإذن سيده ، فالكتابة بحالها ؛ لأنه لم يقهر سيده ، فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ، ثم سبى المسلمون سيده وقتل ، انتقلت الكتابة إلى ورثته ، كما لو مات ختف أخته ، وإن من عليه الإمام ، أو فاداه ، أو هرب ، فالكتابة بحالها ، وإن استرقه الإمام ، فالمكاتب موقوف ، إن عتق سيده ، فالكتابة بحالها ، وإن مات أو قتل ، فالمكاتب للمسلمين ، مبنى على ما بقي من كتابته ، يعتق بأدائه إليهم ، ولأولاهم ، وإن عجز ، فهو رقيق لهم . وإن أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته ، أدى إلى الحاكم ، أو إلى أمينه ، وكان المال المقبوض موقوفاً ، على ما ذكرناه ، ويعتق المكاتب بالأداء ، وسيده رقيق ، لا يثبت له ولأهله . قال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين . وقال القاضي : يكون موقوفاً ، فإن عتق سيده ، فهو له ، وإن مات على رقه ، فهو للمسلمين . وإن كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب ، وثبوت الولاء عليه ، فقال القاضي : يكون ولأوله موقوفاً ، فإن عتق السيّد ، كان الولاء له ، وإن قتل أو مات على رقه ، بطل الولاء ؛ لأنه رقيق ، لا يرث ، فيبطل الولاء ، لعدم مستحقه . ويتبغى أن يكون للمسلمين ؛ لأن مال من لا وارث له للمسلمين ، فذلك الولاء . والله أعلم .

ظ ٢٠٨/١١

فصل : وإن كاتب / المرئذ عبده ، فعلى قول أبي بكر : الكتابة باطلة ؛ لأن ملكه زال برذته . وعلى الظاهر من المذهب ، كتابته موقوفة ؛ إن أسلم نبيها أنها كانت صحيحة ، وإن قتل أو مات على رذته ، بطلت . وإن أدى في رذته ، لم يحكم بعقبة ، ويكون موقوفاً ، فإن أسلم سيده ، نبيها صحة الدفع إليه وعقبة ، وإن قتل أو مات على رذته ، فهو باطل ، والعبد رقيق . وإن كاتبه ، وهو مسلم ، ثم ارتد ، وحجر عليه ، لم يكن للعبد الدفع إليه ، ويؤدي إلى الحاكم ، ويعتق بالأداء . وإن دفع إلى المرئذ ، كان موقوفاً ، كما ذكرنا . وإن كاتب المسلم عبده المرئذ ، صحّت كتابته ؛ لأنه يصح بيعه ، فإذا أدى ، عتق ، وإن أسلم ، فهو على كتابته .

فصل : وكتابة المريض صحيحة ، فإن كان مريض الموت المخوف ، اغتبر من ثلثه ؛ لأنه بيع ماله بماله ، فجرى مجرى الهبة ، وكذلك يثبت^(٥٨) الولاء على المكاتب ؛

(٥٧) في الأصل ، أ ، ب : جاء .

(٥٨) في الأصل : ثبت .

لَكُونَهُ مُعْتَقًا ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَانَتِ الْكِتَابَةُ لَازِمَةً ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، لَزِمَتْ^(٥٩) الْكِتَابَةُ فِي قَدْرِ الثَّلَاثِ ، وَسَائِرُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ السَّوَارِثِ^(٦٠) ، فَإِنْ أَجَارَهَا^(٦١) ، جَارَتْ ، وَإِنْ رَدَّهَا^(٦٢) ، بَطَلَتْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » : تَجُوزُ الْكِتَابَةُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ ، أَشْبَهُ الْبَيْعِ .

١٩٧٨ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ ، أَوْ أَمَتُهُ عَلَى الْجَنِيِّ ، فَأَذِنَتْ الْكِتَابَةُ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا ، وَوَلَاؤُهُ لِمُكَاتِبِهِ)

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّ ظَاهَرَ هَذَا الْكَلَامِ ، أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَصِحُّ حَالَةً ، وَلَا تَجُوزُ إِلَّا مُوجَّلَةً مُنْتَجِمَةً . وَهَذَا^(١) ظَاهَرُ الْمَذْهَبِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ / مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : تَجُوزُ حَالَةً ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى غَيْرِنَ ، فَإِذَا كَانَ عَوَضُهُ فِي الدِّمَةِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ حَالًا ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ^(٢) عَقَدُوا الْكِتَابَةَ ، وَلَمْ يَنْقَلْ عَنْ وَاحِدِهِمْ أَنَّهُ عَقَدَهَا حَالَةً ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ ، لَمْ يَتَّفِقْ جَمِيعُهُمْ عَلَى تَرَكِهِ ، وَلَئِنْ الْكِتَابَةُ عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ ، يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ عَوَضِهَا فِي الْحَالِ ، فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ^(٣) التَّأْجِيلُ ، كَالسَّلَمِ^(٤) عِنْدَ^(٥) أُنَى حَنِيفَةَ ، وَلِأَنَّهَا عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، مِنْ شَرْطِهِ ذِكْرُ

(٥٩) فِي الْأَصْلِ : « لَزِمَتْ » .

(٦٠) فِي م : « الْوَرِثَةُ » .

(٦١) فِي م : « أَجَارَتْ » .

(٦٢) فِي م : « رَدَّهَا » .

(١) فِي ب ، م : « وَهُوَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي أ : « شَرْطُهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « كَالسَّلَمِ » .

(٥) فِي النَّسخ : « عَلَى » .

العوضي ، فإذا وَقَعَ على وَجْهِهِ يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْعَجْزُ عَنِ الْعَوْضِ ، لم يَصِحَّ ، كَالْوَأْسَلَمِ فِي شَيْءٍ لَا يُوجَدُ عِنْدَ مَحَلِّهِ ، وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْعَجْزُ عَنِ الْعَوْضِ ، لِأَنَّ الْمُشْتَرَى يَمْلِكُ الْمَبِيعَ ، وَالْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَفِي التَّجْمِيمِ حِكْمَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ إِلَى الْمَكَايِبِ ، وَهِيَ التَّخْفِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ مُفَرَّقًا أَسْهَلُ ، وَهَذَا تَقْسُطُ^(٦) الدَّيُونِ عَلَى الْمُعْسِرِينَ عَادَةً ، تَخْفِيفًا عَلَيْهِمْ . وَالْأُخْرَى ، لِلْسَيِّدِ ، وَهِيَ أَنَّ مُدَّةَ الْكِتَابَةِ تَطُولُ غَالِبًا ، فَلَوْ كَانَتْ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ ، لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ إِلَّا فِي آخِرِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا عَجَزَ ، عَادَ إِلَى الرَّقِّ ، وَفَائِدَتُ مَنَافِعِهِ فِي مُدَّةِ الْكِتَابَةِ كُلِّهَا عَلَى السَّيِّدِ ، مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ حَصَلَ لَهُ ، وَإِذَا كَانَتْ مُنْجَمَةً نُجُومًا ، فَعَجَزَ عَنِ التَّجْمِيمِ الْأَوَّلِ ، فَمُدَّتْهُ سِيرَةٌ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ مَا بَعْدَهُ ، فَقَدْ حَصَلَ لِلْسَيِّدِ نَفْعٌ بِمَا^(٧) أَخَذَهُ^(٨) مِنَ التَّجْمِيمِ قَبْلَ عَجْزِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَأَقْلَهُ نَجْمَانِ فَصَاعِدًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : مِنْ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ : نَجْمٌ وَاحِدٌ . وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ : نَجْمَانِ . وَنَجْمَانِ أَحَبُّ إِلَيَّ . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ ، أَنِّي أَذْهَبُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا نَجْمَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَحَبُّ / ٢٠٩/١١ ظ

نَجْمَيْنِ ، وَيَجُوزُ نَجْمٌ وَاحِدٌ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْإِخْتِيَارِ ، وَإِنْ جُعِلَ الْمَالُ كُلُّهُ فِي نَجْمٍ وَاحِدٍ ، جَاز ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَشْتَرِطُ فِيهِ التَّأْجِيلُ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ إِلَى أَجَلٍ وَاحِدٍ ، كَالْمُسْلِمِ ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ التَّأْجِيلِ لِيَتِمَّكَنَ مِنْ تَسْلِيمِ الْعَوْضِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ بِنَجْمٍ وَاحِدٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، وَالْإِبْتَاءُ مِنَ الثَّانِي^(٩) . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ هَذَا أَقْلُ مَا تَحَوَّرُ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مِنْ نَجْمَيْنِ يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ . وَرَوَى عَنْ عُمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ غَضِبَ عَلَى عَبْدِ لَهُ ، فَقَالَ : لَأُعَاقِبَنَّكَ^(١٠) ، وَلَأَكَاثِبَنَّكَ عَلَى نَجْمَيْنِ^(١١) . وَلَوْ كَانَ يَجُوزُ أَقْلُ مِنْ هَذَا ، لَعَاقَبَهُ بِهِ فِي

(٦) فِي ١ م : : تَسْقُطُ .

(٧) فِي ١ م : : لَمْ .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، ١ : : أَخَذَ .

(٩) انظر : تلخيص الحبير ٢١٧/٤ ، حيث عزاه لابن أبي شيبة ، ولم نجده في المصنف .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : : لَأَحْتَنِكُ .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب مكاتبة الرجل عبده أو أمته على نجمين ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى

الظاهر . وفي حديث بريدة ، أنها أتت عائشة ، رضي الله عنها ، فقالت : يا أم المؤمنين ، إني كاتبٌ أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فأعنيني ^(١٢) . ولأن الكتابة مشتقة من الضم ، وهو ضم نجم ^(١٣) إلى نجم ^(١٤) ، فدل ذلك على افتقارها إلى نجمين . والأول أقيس . ولا بد أن تكون النجوم معلومة ، ويعلم في كل نجم قدر ما يؤدبه ، ولا يشترط تساوي النجوم ، ولا قدر المؤدى في كل نجم . فإذا قال : كاتبك على ألف ، إلى عشر سنين ، تؤدى ^(١٥) عند انقضاء كل سنة مائة . أو قال : تؤدى منها مائة عند انقضاء خمس سنين ، وباقيتها عند تمام العشرة . أو قال : تؤدى في آخر العام الأول مائة ، وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة . فكل هذا جائز . وإن قال : تؤدى في كل عام مائة . جاز ، ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة . وظاهر قول القاضي ، وأصحاب الشافعي ، أنه لا يصح ؛ لأنه لم يبين وقت الأداء من العام . ولنا ، أن بريدة قالت : كاتب أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية . / ولأن الأجل إذا علق بمدة ، تعلّق بأحد طرفيها ، فإن كان بحرف « إلى » تعلّق بأولها ، كقوله : إلى شهر رمضان . وإن كان بحرف « في » كان إلى آخرها ؛ لأنه جعل جميعها وقتاً لأدائها ، فإذا أدى في آخرها ، كان مؤدياً لها في وقتها ، فلم يتعين عليه الأداء قبله ، كتأدية الصلاة في آخر وقتها . وإن قال : يؤدى في عشر سنين . أو : إلى عشر سنين . لم يجز ؛ لأنه نجم واحد . ومن أجاز الكتابة على نجم واحد ، أجازها . وإن قال : يؤدى بعضها في نصف المدة ، وباقيتها في آخرها . لم يجز ؛ لأن البعض مجهول ، يقع على القليل والكثير .

الفصل الثاني : أنه ^(١٦) إذا كاتبه على أن نجم ^(١٧) معلومة ، صحّت الكتابة ، وعتق بأدائها ، سواء توى بالكتابة الحُرّة أو لم يتو ، وسواء قال : فإذا أدّيت إلي ، فأنت حر . أو لم يقل . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يعتق حتى يقول : فإذا أدّيت إلي ، فأنت

(١٢) تقدم غريب حديث بريدة ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(١٣-١٤) سقط من : ب .

(١٤) في ب نهاية : هـ هذا .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ب نهاية : هـ مدة .

حُرٌّ . أو يَتَوَرَّى^(١٧) بالكتابة الحُرَّة . وَيَحْتَمِلُ فِي مَذْهَبِنَا مِثْلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْكِتَابَةِ يَحْتَمِلُ الْمُخَارِجَةَ ، وَيَحْتَمِلُ الْعِتْقَ بِالْأَدَاءِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَمْيِيزِ أَحَدِهِمَا عَنِ الْآخَرِ ، كِكِنَايَاتِ الْعِتْقِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحُرَّةَ مُوجِبُ عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، فَتَثَبَّتْ عِنْدَ ثَمَامِهِ ، كَسَائِرِ أَحْكَامِهِ ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ وَضِعَ لِلْعِتْقِ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى لَفْظِ الْعِتْقِ وَلَا يَنْبَغِي ، كَالْتَّذْيِيرِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ اسْتِعْمَالِ الْكِتَابَةِ فِي الْمُخَارِجَةِ إِنْ ثَبَّتْ^(١٨) ، فَلَيْسَ بِمَشْهُورٍ ، فَلَمْ يَمْنَعْ وَفَوْعَ الْحُرَّةِ بِهِ^(١٩) ، كَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الصَّرِيحَةِ ، عَلَيَّ أَنَّ اللَّفْظَ الْمُحْتَمِلَ يَنْصَرِفُ بِالْقَرَأَتَيْنِ إِلَى أَحَدٍ مُحْتَمِلِهِ ، كَلَفْظِ التَّذْيِيرِ^(٢٠) فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ التَّذْيِيرَ^(٢١) فِي مَعَانِيهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْحُرَّةِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى .

الفصل الثالث : أَنَّهُ لَا يَغْتَقَى قَبْلَ أَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي عَيْدٍ / بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، كَاتِبَاهُ عَلَى أَلْفٍ ، فَأَدَّى تِسْعَ مِائَةٍ ، ثُمَّ أَغْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ . قَالَ : لَا^(٢٢) يَغْتَقَى إِلَّا نِصْفُ الْمِائَةِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَمْرٍ ، وَابْنِهِ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالزُّهْرِيَّ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا يَبْقَى عَلَيْهِ دِرْهَمٌ . رَوَاهُ عَنْهُمْ الْأَثَرُ^(٢٣) . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ ، وَسَلَامٌ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَّارٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ شَبْرَمَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ . وَرَوَى سَعِيدٌ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي قَلَابَةَ ، قَالَ : كُنْ - أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ - لَا يَحْتَجِبْنَ مِنْ مُكَاتَبٍ مَا يَبْقَى عَلَيْهِ دِينَارٌ^(٢٤) . وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ عَطَاءٍ ، أَنَّ ابْنَ عَمْرٍ كَاتِبٌ

ظ ٢١٠/١١

(١٧) فِي ب ، م : ٦ : وَنَوَى ٤ .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : ٥ : يَبْتَ ٤ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(٢٠) (٢٠-٢١) سَقَطَ مِنْ : أ ، م . نَقَلَ نَظَرَ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(٢٢) وَأَخْرَجَهُ عَنْهُمُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتَبِ عَبْدٌ مَا يَبْقَى عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٣٢٤/١٠ ، ٣٢٥ . وَأَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ وَزَيْدٍ وَعَائِشَةَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ عَجْرِ الْمُكَاتَبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . الْمُنْصَفِ ٤٠٨/٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الْمُكَاتَبِ عَبْدٌ مَا يَبْقَى عَلَيْهِ شَيْءٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُنْصَفِ ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .

(٢٣) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتَبِ عَبْدٌ مَا يَبْقَى عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٤٢٥/١٠ .

وَانظُرْ مَا تَقْدِمُ تَخْرِجُهُ فِي : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

غُلَامًا عَلَى أَلْفِ دِينَارٍ ، فَأَدَّى إِلَيْهِ تِسْعَ مِائَةِ دِينَارٍ ، وَعَجَزَ عَنْ مِائَةِ دِينَارٍ ^(٢٤) ، فَرَدَّهُ ابْنُ عَمَرَ فِي ^(٢٥) الرُّقْ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبُو الْحَطَّابِ ، أَنَّهُ إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْكِتَابَةِ ، وَعَجَزَ عَنْ رُبُعِهَا ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، فَلَا يُرَدُّ إِلَى الرُّقِّ بِعَجْزِهِ عَنْهُ ، لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ حَقِّ هَوَلِهِ ، لَا حَقَّ لِلسَّيِّدِ ، فَلَا مَعْنَى لَتَعَجِيزِهِ فِيمَا يَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ . وَقَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَغْتَنَقُ مِنْهُ بِقَدَرِ مَا أَدَّى ^(٢٦) . لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتَبُ حَدًّا ، أَوْ مِيرَاثًا ، وَرِثَ بِحِسَابِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَوَدَّى الْمُكَاتَبُ بِحِصَّةٍ مَا أَدَّى دِيَّةَ حُرٍّ ، وَمَا بَقِيَ دِيَّةَ عَبْدٍ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٧) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَنْ عَمَرَ ^(٢٨) ، وَعَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الشُّطْرَ ، فَلَا رِقٌّ عَلَيْهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ النَّخَعِيِّ . وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِذَا أَدَّى قَدْرَ قِيمَتِهِ ، فَهُوَ غَرِيمٌ ^(٢٩) . وَقَضَى بِهِ شُرَيْحٌ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، فِي الْمُكَاتَبِ : إِذَا عَجَزَ اسْتَسْعَى بَعْدَ الْعَجْزِ سِتَّتَيْنِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَعِيدٌ ، ثَنَا هُثَيْمٌ ، عَنْ حَجَّاجٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، / عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَنْبَارُ جُلِّ كَاتِبٍ غُلَامُهُ عَلَى مِائَةِ أَوْ قِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ ^(٣٠) عَشْرِ أَوَاقٍ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » ^(٣١) . وَعَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهُمٌ » . رَوَاهُ

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥) في ب : إلى ه .

(٢٦) وأخرجه البيهقي ، في : باب عجز المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٤١/١٠ .

(٢٧) تقدم في : ١٢٦/٩ . وأخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في المكاتب يعيب حدًا أو ميراثًا أو يقتل ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٦/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤١٢/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : إذا أدى مكاتبته فلا رد عليه في الرق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ١٥٢/٦ .

(٢٨) تقدم تخريجه ، في : ١٢٦/٩ .

(٢٩) أخرجه البيهقي ، في : باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٥/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤١٠/٨ ، ٤١١ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : إذا أدى مكاتبته فلا رد عليه في الرق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ١٥٠/٦ . (٣٠) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤١١/٨ .

(٣١) في م : على ه .

(٣٢) تقدم تخريجه ، في : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

أبو داود^(٣٣)، ولأنه عَوَضَ عن المُكَائِبِ ، فلا يَعْتِقُ قبل أدائه ، كَالْقَدْرِ الْمُتَقَيِّ عَلَيْهِ ، ولأنه لو عَتَقَ^(٣٤) بعضه ، لَسَرَى إلى باقيه ، كَالو بَاشَرَهُ بِالْعَتَقِ ، فَإِنَّ الْعَتَقَ لَا يَتَّبَعُ فِي الْجِلْدِ . فَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى مُكَائِبِ لِرَجُلٍ مَاتَ ، وَخَلَفَ ابْنَيْنِ ، فَأَقْرَأَهُمَا بَكْتَابَيْهِ ، وَأَتَكَرَّ الْآخَرُ ، فَأَذَى إِلَى الْمَقْرِ ، أَوْ مَا أَشْبَهَهَا مِنَ الصُّورِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ ، وَتَوْفِيقًا بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْقِيَاسِ . وَلَأَن قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا كَانَ لِأَخِيكَ مِائَةُ مُكَائِبٍ ، فَمَلَكَ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »^(٣٥) . دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ جَمِيعِ مَا يُؤَدِّي ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَوَقَّفَ الْعَتَقُ عَلَى آدَاءِ الْجَمِيعِ ، وَإِنْ جَازَ رَدُّ بَعْضِهِ إِلَيْهِ ، كَالْوَقَالِ : إِذَا أَدَّيْتَ إِلَى أَلْفَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَلِلَّهِ^(٣٦) عَلَى رَدُّ رُبْعِهَا إِلَيْكَ . فَإِنَّهُ لَا يَعْتِقُ قَبْلَ آدَاءِ جَمِيعِهَا ، وَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ بَعْضِهَا .

فصل : وتَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى كُلِّ مَالٍ يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ مُوَجَّلاً فِي مُعَاوَضَةٍ ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَعَقْدِ السَّلْمِ . فَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَثْمَانِ ، وَكَانَ فِي الْبَلَدِ نَقْدٌ وَاحِدٌ ، جَازَ إِطْلَاقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْصَرِفُ بِالْإِطْلَاقِ إِلَيْهِ ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْدٌ أَخَذَهَا أَغْلَبَ فِي الْأَسْتِعْمَالِ ، جَازَ الْإِطْلَاقُ أَيْضًا ، وَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ ، وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً مُتَسَاوِيَةً فِي الْأَسْتِعْمَالِ ، وَجَبَ بَيَانُهُ بِجِنْسِيهِ ، وَمَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ مِنَ التَّقْوِيدِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ الْأَثْمَانِ ، وَجَبَ وَصْفُهُ بِمَا يُوصَفُ بِهِ فِي السَّلْمِ . وَمَا لَا يَصِحُّ^(٣٧) السَّلْمُ فِيهِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا فِي الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ يَثْبُتُ^(٣٨) / عَوَضُهُ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَمْ يَجْزِ يَعُوضُ مَجْهُولٌ ، كَالسَّلْمِ . فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ^(٣٩)

ط ٢١١/١١

(٣٣) تقدم تخريجه ، في : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

(٣٤) في م : « أعتق » .

(٣٥) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(٣٦) سقطت الواو من : الأصل « أ » .

(٣٧) في الأصل ، ب ، م تنادة : « في » .

(٣٨) في الأصل : « ثبت » . وفي ب : « ثبت » .

(٣٩) سقط من : الأصل .

وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . وَالْآخَرُ ، يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مَعْنَى لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ الْمُطْلَقُ عَوْضًا فِيهِ ، كَالْعَقْلِ . وَلَنَا ، أَنْ مَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوْضًا فِي التَّبَعِ وَالْإِجَارَةِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوْضًا فِي الْكِتَابَةِ ، كَالثَوْبِ الْمُطْلَقِ ، وَيُقَارَى الْعَقْلُ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ ^(٤٠) مُتَشَلِّفٌ مُقَدَّرٌ فِي الشَّرْعِ ، وَهَهُنَا عَوْضٌ فِي عَقْدٍ ، فَأَشْبَهَ التَّبَعِ ، وَلَأنَّ الْحَيَوَانَ الْوَاجِبَ فِي الْعَقْلِ ، لَيْسَ بِحَيَوَانٍ مُطْلَقٍ ، بَلْ هُوَ مُقَيَّدٌ بِجَنْسِيهِ وَسِنِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْإِلْحَاقُ بِهِ ، وَلَأنَّ الْحَيَوَانَ الْمُطْلَقَ لَا تَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَيْهِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْعَيْدِ الْمُطْلَقِ ، وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ بَدَلًا فِي مَوْضِعٍ عَلِمْنَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ مَنْ صَحَّحَ الْكِتَابَةَ بِهِ ، أَوْجَبَ لَهُ عَبْدًا وَسَطًا ، وَهُوَ السَّنْدِيُّ ، وَيَكُونُ وَسَطًا مِنَ السَّنْدِيِّينَ فِي قِيَمَتِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي الصَّدَاقِ ، وَلَا تُصَحِّحُ الْكِتَابَةُ عَلَى حَيَوَانٍ مُطْلَقٍ غَيْرِ الْعَيْدِ ، فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، وَلَا عَلَى ثَوْبٍ ، وَلَا دَارٍ ، وَكَذَلِكَ ^(٤١) لَا تَجُوزُ عَلَى ثَوْبٍ مِنْ ثِيَابِهِ ، وَلَا عِمَامَةٍ مِنْ عِمَائِمِهِ ، وَلَا غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَجْهُولَاتِ . وَإِنْ وَصَفَ ذَلِكَ ^(٤٢) بِأَوْصَافِهِ فِي السَّلَامِ ^(٤٣) ، صَحَّ . وَمَعْنَى أَجَازَ الْكِتَابَةَ عَلَى الْعَبِيدِ ؛ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَالتَّحْمِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ سَبْرِينَ ، وَمَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَرَّةَ ، وَحَفْصَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

فصل : وَتُصَحِّحُ الْكِتَابَةُ عَلَى خِدْمَةٍ وَمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْعَوْضَيْنِ فِي الْإِجَارَةِ ، فَجَازَ أَنْ تَكُونَ عَوْضًا فِي الْكِتَابَةِ ، كَالْأَثْمَانِ . وَيُشْتَرَطُ / الْعِلْمُ بِهَا ، كَمَا يُشْتَرَطُ فِي ^{٢١٢/١١} الْإِجَارَةِ ؛ فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ ، صَحَّ ، وَلَا يَخْتِجُ إِلَى ذِكْرِ الشَّهْرِ ، وَكَوْنُهُ غَقِيبَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، وَإِنْ عَيَّنَ الشَّهْرَ لَوْ قَبْلَ أَنْ يَتَّصِلَ بِالْعَقْدِ ، مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ فِي الْمَحْرَمِ عَلَى خِدْمَتِهِ فِي رَجَبٍ وَدِينَارٍ ، صَحَّ أَيْضًا ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُوجَرَهُ دَارَهُ شَهْرَ رَجَبٍ فِي الْمَحْرَمِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ عَلَى شَهْرِ لَا يَتَّصِلُ بِالْعَقْدِ . وَيُشْتَرَطُونَ

(٤٠) فِي مِ نِهَادَةِ ١ : عَنْ ٤ .

(٤١) فِي ب : وَلَا ذَلِكَ . وَفِي م : وَلِلذَلِكَ ٤ .

(٤٢ - ٤٣) فِي م : بِأَوْصَافِ السَّلَامِ ٤ .

ذَكَرَ ذَلِكَ ، وَلَا يُجَوِّزُونَ إِطْلَاقَهُ ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِمْ فِي الْإِجَارَةِ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ الْخِلَافِ فِيهِ ، فِي بَابِ الْإِجَارَةِ^(٤٣) .^(٤٤) وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الدَّيْنَارِ الْمَذْكُورِ مُوَجَّلاً ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ شَرْطٌ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ^(٤٥) . فَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّ الدَّيْنَارِ بَعْدَ الشَّهْرِ يَنْزِعُ أَوْ أَكْثَرَ ، صَحَّ . بَغِيرَ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّهُ فِي الشَّهْرِ ، أَوْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ ، صَحَّ أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ نَجْمًا وَاحِدًا . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ كُلَّهَا لَا تَكُونُ فِي وَقْتِ مَحَلِّ الدَّيْنَارِ ، وَإِنَّمَا يَوْجَدُ جُزْءٌ مِنْهَا يَسِيرُ مُقَارِبًا لَهُ ، وَسَائِرُهُ فِيمَا سِوَاهُ ، وَلِأَنَّ الْخِدْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْعَوَضِ الْحَاصِلِ فِي ابْتِدَاءِ مُدَّتِّهَا ، وَهَذَا يَسْتَحِقُّ عَوَضَهَا جَمِيعَةً عِنْدَ الْعَقْدِ ، فَيَكُونُ مَحَلُّهَا غَيْرَ مَحَلِّ الدَّيْنَارِ ، وَإِنَّمَا جَازَتْ حَالَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الْحُلُولِ فِي غَيْرِهَا لِأَجْلِ الْعَجْزِ عَنْهُ فِي الْحَالِ ، وَهَذَا غَيْرُ مُوجُودٍ فِي الْخِدْمَةِ ، فَجَازَتْ حَالَةٌ . وَإِنْ جَعَلَ مَحَلَّ الدَّيْنَارِ قَبْلَ الْخِدْمَةِ ، وَكَانَتِ الْخِدْمَةُ غَيْرَ مُتَّصِلَةٍ بِالْعَقْدِ ، بَحِثْ يَكُونُ الدَّيْنَارُ مُوَجَّلاً ، وَالْخِدْمَةُ بَعْدَهُ ، جَازَ . وَإِنْ كَانَتِ الْخِدْمَةُ مُتَّصِلَةً بِالْعَقْدِ ، لَمْ يَتَصَوَّرْ كَوْنُ الدَّيْنَارِ قَبْلَهُ ، وَلَمْ تُجْزَ فِي أَوَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ حَالًا ، وَمِنْ شَرْطِهِ التَّأْجِيلُ .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةٍ مُفْرَدَةٍ ، فِي مُدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَكَاتِبَهُ^(٤٦) عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ مُعَيَّنٍ^(٤٧) ، أَوْ سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ عَلَى / نَجْمٍ وَاحِدٍ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْقَوْلِ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَالْكِتَابَةِ عَلَى أَتَجْمِمْ ، لِأَنَّ الْخِدْمَةَ تُسْتَوْفَى فِي أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، بِخِلَافِ الْمَالِ . فَإِنْ جَعَلَهُ عَلَى شَهْرٍ بَعْدَ شَهْرٍ ، كَانَ^(٤٨) كَاتَبَهُ فِي أَوَّلِ الْحَرَمِ ، عَلَى خِدْمَةٍ^(٤٩) فِيهِ ، وَفِي رَجَبٍ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى تَجْمِينٍ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مُنْفَعَةٍ فِي الدُّمَةِ مَعْلُومَةٍ ، كَبُخَايَاطِ ثِيَابٍ عَيْنِهَا ، أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ وَصَفَهُ ، صَحَّ أَيْضًا ، إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى تَجْمِينٍ . وَإِنْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ عَلَى أَنْ تُخْدِمَنِي هَذَا الشَّهْرَ ، وَبُخَايَاطِ كَذَا عَقِيبَ الشَّهْرِ . صَحَّ . فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنْ تُخْدِمَنِي شَهْرًا مِنْ وَقْتِي هَذَا ، وَشَهْرًا عَقِيبَ

(٤٣) تقدم في ٩/٨ ، ١٠٠ .

(٤٤) - (٤٤) سقط من الأصل .

(٤٥) في م : د كاتبه .

(٤٦) في الأصل ، ١ : د بعينه .

(٤٧) في الأصل ، ١ : د كاتبه .

(٤٨) في الأصل ، ١ : د خدمنه .

هذا الشهر . صَحَّ أَيْضًا . وعند الشافعي ، لا يصح . ولنا ، أنه كاتبه على نجمين ، فصَحَّ ، كالتى قبلها .

فصل : وإذا كاتب العبد ، وله مال ، فماله لسيده ، إلا أن يشترطه المكاتب . وإن كانت له سريرة ، أو ولد ، فهو لسيده . وبهذا قال الثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي . وقال الحسن ، وعطاء ، والنخعي ، وسليمان بن موسى ، وعمر بن دينار ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، في المكاتب : ماله له . ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى ، والنخعي ، وعمر بن دينار ، ومالك ، في الولد ، واحتج لهم بما روى ابن^(١٩) عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : ^(٢٠) « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَأَلَمَالُ لِلْعَبْدِ » ^(٢١) . ولنا ، قول النبي ﷺ : ^(٢٢) « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٣) . والكتابة بيع ، ولأنه باعه نفسه ، فلم يدخل معه غيره ، بكونه وأقاربه ، ولأنه هو ماله كماله لسيده ، فإذا وقع العقد على أحدهما ، بقى الآخر على ما كان عليه ، كما لو باعه لأجنبي . وحديثهم ضعيف ، قد ذكرنا ضعفه .

١٩٧٩ - مسألة : قال : (وَوَلَاؤُهُ لِمَكَاتِبِهِ)

/ لا تعلم خلافا بين أهل العلم ، في أن ولأه المكاتب لسيده ، إذا أدى إليه . وبه يقول ٢١٣/١١ و مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وذلك لأن الكتابة إنعام وإعتاق له ؛ لأن كسبه كان لسيده بحكم ملكه إيائه ، فرضى به عوضا عنه ، وأعتق رقبته عوضا عن منفعته المستحقة له بحكم الأصل ، فكان معتقأله ، مُنْعِمًا عليه ، فاستحق ولأه ؛ لقوله ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(١) . وفي حديث بريرة ، أنها قالت : كاتب أهلك على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فقالت عائشة : إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ،

(٤٩) سقط من : ب ، م .

(٥٠-٥١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥١) تقدم نثرجه ، في : صفحة ٣٩٨ .

(٥٢) تقدم نثرجه ، في : ٢١/٦ .

(١) تقدم نثرجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

وَيَكُونُ وَلَؤُكَ لِي ، فَعَلْتُ . فَزَجَعْتُ بَرِيرَةَ إِلَى أَهْلِهَا ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُمْ ، فَأَبَوْا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ ^(١) . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ عَلَى الْمُكَاتِبِ لِسَيِّدِهِ كَانَ مُتَقَرَّرًا عِنْدَهُمْ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٠ - مسألة : قال : (وَيُعْطَى مِمَّا كُتِبَ عَلَيْهِ الرَّبْعُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾)

الكلام في الإتياء في خمسة فصول ؛ وَجُوبُهُ ، وَقَدْرُهُ ، وَجِنْسُهُ ، وَوَقْتُ جَوَازِهِ ، وَوَقْتُ وَجُوبِهِ .

أَمَّا الْأَوَّلُ : ^(١) فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ إِيْتَاءُ الْمُكَاتِبِ شَيْئًا مِّمَّا كُتِبَ عَلَيْهِ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٢) . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ بَرِيدَةُ ، وَالْحَسَنُ ، وَالتَّحْمِيّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ بِوَاجِبٍ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَا يَجِبُ فِيهِ الْإِيْتَاءُ ، كَسَائِرِ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ ^(٣) . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ ، قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي تَفْسِيرِهَا : ضَعُوا عَنْهُمْ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ^(٤) . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : ضَعُوا عَنْهُمْ مِنْ مَّكَاتِبِهِمْ شَيْئًا ^(٥) . وَتُخَالِفُ الْكِتَابَةُ سَائِرَ الْعُقُودِ ؛ فَإِنَّ الْقَصْدَ بِهَا ^(٦) الرِّفْقُ بِالْعَبْدِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ يَسْتَحِقُّ بِهَا الْوَلَاءُ عَلَى الْعَبْدِ / مَعَ الْمُعَاوَضَةِ ، فَكَذَلِكَ ^(٧) يَجِبُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْعَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ شَيْئًا . فَإِنْ قِيلَ : الْمُرَادُ

ط ٢١٣/١١

(٢) تقدم نخرج حديث بريرة في : ٣٢٥/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(١-١) في الأصل ، ب : « يجب » .

(٢) أخرجه البيهقي في : باب ما جاء في تفسير قوله عز وجل : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٩/١٠ . وعبد الرزاق في : باب : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧٥/٨ ، ٣٧٦ .

(٣) سورة النور ٣٣ .

(٤) أخرجه البيهقي في : باب ما جاء في تفسير قوله عز وجل : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣٠/١٠ .

(٥-٥) في أ ، ب : « رفق العبد » .

(٦-٦) في ب ، م : « فلذلك » .

بالإتياء، إعطاؤه سَهْمًا من الصَّدَقَةِ، أو النَّذْبُ إلى التَّصَدُّقِ عليه، وليس ذلك بواجب،
 بدليل أن العَقْدَ يُوجِبُ العِوَضَ عليه، فكيف يَقْتَضِي إسقاطَ شيءٍ منه؟ قلنا: أمَّا الأولُ،
 فإنَّ عليًّا وابنَ عباسٍ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، فسَّراه بما ذَكَرناه، وهما أَعْلَمُ بِتَأْوِيلِ الْقُرْآنِ،
 وَحَمْلِ الْأَمْرِ عَلَى النَّذْبِ يُخَالِفُ مَقْتَضَى الْأَمْرِ، فلا يُصَارُ إليه إِلَّا بِدَلِيلٍ. وقولهم: إنَّ
 الْعَقْدَ يُوجِبُ عليه، فلا يَسْقُطُ عنه. قلنا: إِنَّمَا يَجِبُ الرُّفْقُ^(٧) به عِنْدَ آخِرِ كِتَابَتِهِ،
 مُوَاسَاةً لَهُ، وَشُكْرًا لِنِعْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى، كَمَا تَجِبُ الزَّكَاةُ مُوَاسَاةً مِنَ النِّعَمِ الَّتِي أَنْعَمَ اللَّهُ تَعَالَى
 بِهَا عَلَى عَبْدِهِ، وَلَأنَّ الْعَبْدَ وَلِيَ جَمْعِ هَذَا الْمَالِ، وَتَعَبَّ فِيهِ، فَاقْتَضَى الْحَالُ مُوَاسَاةً مِنْهُ، كَمَا
 أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِاطْعَانِهِ مِنَ الطَّعَامِ الَّذِي وَلِيَ حَرَّهُ وَدُخَانَهُ^(٨)، وَاخْتَصَّ هَذَا بِالْوُجُوبِ؛
 لِأَنَّهُ فِيهِ مُعَوْنَةٌ عَلَى الْعِنَقِ، وَإِعَانَةٌ لِمَنْ يَحِقُّ عَلَى^(٩) اللَّهِ تَعَالَى عَوْنُهُ، فَإِنَّ أَبَاهُ رِثْرَةً، رَضِيَ اللَّهُ
 عَنْهُ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ثَلَاثَةٌ حَقٌّ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى عَوْنُهُمْ؛ الْمَجَاهِدُ فِي سَبِيلِ
 اللَّهِ، وَالْمُكَاتِبُ الَّذِي يُرِيدُ الْأَدَاءَ، وَالتَّائِكُ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَاةَ». أَخْرَجَهُ
 التِّرْمِذِيُّ^(١٠)، وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ.

الفصل الثاني: في قَدَرِهِ، وَهُوَ الرَّبْعُ. ذَكَرَهُ الْجَرَقِيُّ، وَأَبُو بَكْرِ، وَغَيْرُهُمَا مِنْ
 أَصْحَابِنَا. وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَالَ قَتَادَةُ: الْعَشْرُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ،
 وَابْنُ الْمُنْذِرِ: يُجْزَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ. وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، إِلَّا أَنَّهُ عَنْهُ مُسْتَحَبٌّ؛ لِقَوْلِ
 اللَّهِ تَعَالَى: ﴿مَنْ مَالٍ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾. وَ﴿مِنْ﴾ لِلتَّبْعِيضِ، وَالْقَلِيلِ بَعْضٌ،
 فَيُكْتَفَى بِهِ. وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: ضَعُّوا عَنْهُمْ / مِنْ كِتَابَتِهِمْ^(١١) شَيْئًا. وَلَأنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ

(٧) في م: للرفق.

(٨) تقدم تخريجه، في: ٤٣٦/١١.

(٩) سقط من: ب.

(١٠) في: باب ما جاء في المجاهد والتائك والمكاتب ... من أبواب فضائل الجهاد. عارضة الأحوذى ١٥٧/٧.

كما أخرجه النسائي، في: باب معونة الله التائك الذي يريد العفافة، من كتاب التكايف. المجتبى ٥٠/٦. وابن

ماجه، في: باب المكاتب، من كتاب الحق. سنن ابن ماجه ٨٤٢/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٢٥١/٢،

٤٣٧.

(١١) في أ، ب، م: مكاتبتهم.

المُكَاتَبَ لَا يَغْتَنَى حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ ، بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَلَوْ وَجَبَ إِيْتَاؤُهُ الرَّبْعَ ، لَوَجَبَ أَنْ يَغْتَنَى إِذَا أُدِّيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ آدَاءُ مَا لَمْ يَجِبْ رَدُّهُ إِلَيْهِ ، وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدَاهُ عَلَى خَمْسَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفًا ، فَأُخِذَ مِنْهُ ثَلَاثِينَ ، وَزَكَ لَهُ خَمْسَةٌ^(١٢) . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو بَكْرِ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي قَوْلِهِ : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ . فَقَالَ : « رُبْعُ الْكِتَابَةِ^(١٣) »^(١٤) . وَرَوَى مُوقِفًا عَلَى عَلِيٍّ . وَلَئِنَّهُ مَا لَمْ يَجِبْ إِيْتَاؤُهُ مُوَاسَاةً بِالْشَّرْعِ ، فَكَانَ مُقَدَّرًا ، كَالزَّكَاةِ ، وَلَئِنْ جِئْنَا بِإِجَابَةِ الرُّفْقِ بِالْمُكَاتَبِ ، وَإِعَانَتِهِ عَلَى تَحْصِيلِ الْعِثْقِ ، وَهَذَا لَا يَحْصُلُ بِالسَّيْرِ الَّذِي هُوَ أَقْلُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْوَاجِبُ ، وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ ﴾ . وَإِنْ وَرَدَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ ، فَإِنَّ السَّنَةَ تُبَيِّنُهُ ، وَتُبَيِّنُ قَدْرَهُ ، كَالزَّكَاةِ .

الفصل الثالث : فِي جِنْسِيهِ ، إِنْ قَبِضَ مَالُ الْكِتَابَةِ ، ثُمَّ أُعْطَاهُ مِنْهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْإِيْتَاءِ مِنْهُ . وَإِنْ وَضَعَ عَنْهُ بِمَا وَجَبَ عَلَيْهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَسَّرُوا الْإِيْتَاءَ بِذَلِكَ ، وَلَئِنَّهُ أَبْلَغُ فِي النَّفْعِ ، وَأَعْوَنُ عَلَى حُصُولِ الْعِثْقِ ، فَيَكُونُ أَفْضَلَ مِنَ الْإِيْتَاءِ ، وَتَحْصُلُ دَلَالَةُ الْآيَةِ عَلَيْهِ مِنْ طَرِيقِ التَّنْبِيهِ . وَإِنْ أُعْطَاهُ مِنْ جِنْسِي مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِهِ ، جَازَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْمُكَاتَبُ قَبُولَهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْإِيْتَاءِ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الْمَعْنَى بَيْنَ الْإِيْتَاءِ مِنْهُ ، وَبَيْنَ الْإِيْتَاءِ مِنْ غَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِيهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَى فِي الْأَجْزَاءِ ، وَغَيْرُ^(١٥) الْمَنْصُوصِ إِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ الْحَقُّ بِهِ ، وَكَذَلِكَ جَازَ الْحَطُّ ، وَلَيْسَ هُوَ بِالْإِيْتَاءِ ، لَمَّا كَانَ فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ آتَاهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيهِ ، مِثْلُ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى ذَرَاهِمَ ، فَيُعْطِيَهُ دَنَانِيرَ أَوْ عُرُوضًا^(١٦) ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ؛

(١٢) أخرجه البيهقي ، في : باب تفسير قوله عز وجل : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَّالِ اللَّهِ ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣٠/١٠ .

(١٣) في الأصل : « المكاتبه » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في حاشية ٢ ، موقفا ، وهو في المواضع نفسها مرفوعا .

(١٥) في الأصل : ١ ، أو غير » .

(١٦) في الأصل : « عرضا » .

لأنه لم يؤت منه ولا من جنسه . ويَحْتَمِلُ الجَوَازُ ؛ لِأَنَّ الرَّفْعَ ^(١٧) يَحْصُلُ بِهِ .

الفصل الرابع : في وَقْتِ جَوَازِهِ ، وهو مِنْ حِينِ الْعَقْدِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآءُتُوهُمْ ﴾ . وذلك يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ ، وَكُلَّمَا عَجَّلَهُ ^(١٨) كَانَ أَفْضَلَ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ أَنْفَعُ ، كَالرَّكَاعَةِ .

الفصل الخامس : في وَقْتِ وَجُوبِهِ ، وهو حِينَ الْعِنَقِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِإِتَائِهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي آتَاهُ ، وَإِذَا آتَى الْمَالَ عَنَقَ ، فَيَجِبُ إِتَاؤُهُ حِينَئِذٍ . قَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، الْكِتَابَةُ عَلَى تَحْمِيْنٍ ، وَإِلِتَاءٌ مِنَ الثَّانِي ^(١٩) . فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ إِتَائِهِ ، فَهُوَ دَيْنٌ فِي تَرْكِتِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ ، فَهُوَ كَسَائِرِ دُيُونِهِ . وَإِنْ ضَاقَتِ التَّرَكَةُ عَنْهُ وَعَنْ غَيْرِهِ مِنَ الدُّيُونِ ، تَحَاصُوفِي التَّرَكَةِ بِقَدْرِ حُقُوقِهِمْ ، وَيُقَدَّمُ ذَلِكَ عَلَى الْوَصَايَا ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ، وَقَدْ قَضَى النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ^(٢٠) .

١٩٨١ - مسألة : قال : (وَإِنْ عَجَّلْتَ الْكِتَابَةَ قَبْلَ مَحَلِّهَا ، لَزِمَ السَّيِّدُ الْأَخْذَ ، وَعَنَقَ مِنْ وَفَيْهِ . فِي إِخْدَى الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالرُّوَايَةُ الْأُخْرَى ، إِذَا عَمَلْتَ مَا يُؤَدِّي ، فَقَدْ صَارَ خَرًّا)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : فيما إذا عَجَّلَ الْمُكَاتِبُ الْكِتَابَةَ قَبْلَ مَحَلِّهَا . فالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَلْزَمُ قَبُولُهَا ، وَيَعْتَقُ الْمُكَاتِبُ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِيهِ رَوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَبُولُ الْمَالِ إِلَّا عِنْدَ تَجُوبِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الْمُكَاتِبِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ فِي يَدَيْهِ حَقٌّ / لَهْ ، وَلَمْ يَرْضَ بِرُزَالِهِ ^(١) ، فَلَمْ يَزَلْ ، ٢١٥/١١ كَالْوَقْفِ عَنَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ^(٢) ، لَمْ يَعْتَقِ قَبْلَهُ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَهُوَ مَذْهَبُ

(١٧) في ١ ، ب ، م زيادة : ١ به .

(١٨) في الأصل : ١ أعجله .

(١٩) تقدم في : صفحة ٤٥٠ .

(٢٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٠/٨ .

وبعد في زيادة : والله الموفق .

(١) في ب : ١ زواله .

(٢) في ب : ١ شرطه .

الشافعي، إلا أن القاضي قال: أطلق أحمد والخرقى هذا القول، وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله، كالذي لا يفسد، ولا يتخلف قديمه وحديثه، ولا يحتاج إلى مؤنة في حفظه، ولا يذفقه في حال خرف يخاف ذهابه، فإن اختل أحد هذه الأمور، لم يلزم قبضه، مثل أن يكون مما يفسد، كالعنب، والرطب، والبطيخ، أو يخاف تلفه، كالحيوان، فإنه ربما تلف قبل المحل، ففائه مقصوده. وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه، لم يلزمه أيضاً أخذه؛ لأنه يتفصّل إلى حين الحلول، وإن كان مما يحتاج إلى مخزن، كالطعام والقطن، لم يلزمه أيضاً؛ لأنه يحتاج في إنقائه إلى وقت المحل إلى مؤنة، فيتضرر بها، ولو كان غير هذا، إلا أن البلد مخوف، يخاف نهبه، لم يلزمه أخذه؛ لأن في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه، وكذلك لو سلمه إليه^(٣) في طريق مخوف، أو مضيع يتضرر بقبضه فيه، لم يلزمه قبضه، ولم يعق المكاتب ببذله. قال القاضي: والمذهب عندي أن فيه^(٤) تفصيلاً، على حسب ما ذكرناه في السلم. ولأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقتضيه العقد، ولو رضى بالتزامه. وأما ما لا ضرر في قبضه، فإذا عجله، لزم السيد أخذه. وذكر أبو بكر، أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل، اعتماداً على إطلاق أحمد القول في ذلك، وهو ظاهر إطلاق الخرقى؛ لما روى الأثرم، بإسناده عن أبي بكر بن حزم، أن رجلاً أتى عمر، رضى الله عنه، فقال: يا أمير المؤمنين، إني كاتب على كذا وكذا، وإني أنسرت بالمال، فأثبته به، فزعم أنه لا يأخذها إلا نجوماً. فقال عمر، رضى الله عنه: يا يرقاً، خذ هذا المال، فاجعله في بيت المال، وأذ إليه نجوماً في كل عام، وقد عتق هذا. فلما رأى ذلك سيده، أخذ المال^(٥). / وعن عثمان بنحو هذا^(٦). ورواه سعيد بن منصور، في «سننه»، عن عمر وعثمان جميعاً، قال: حدثنا هشيم، عن ابن عوف^(٧)، عن محمد بن سيرين، أن عثمان قضى بذلك. ولأن الأجل حتى لمن عليه الدين، فإذا قدمه، فقد رضى بإسقاط حقه، فسقط، كسائر الحقوق. فإن

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) ق: د في قبضه.

(٥) وأخرجه البيهقي، في: باب تمجيل الكتابة، من كتاب المكاتب. السنن الكبرى ١٠/٣٣٥.

(٦) ق: ب، م: د عوف.

قِيلَ : إِذَا عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدَهُ عَلَى فِعْلٍ فِي وَقْتٍ ، فَعَلَّهُ فِي غَيْرِهِ ، لَمْ يَعْتِقْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : إِذَا أَذَيْتَ إِلَى الْفَأَى رَمَضَانَ . فَأَذَاهُ فِي شَعْبَانَ ، لَمْ يَعْتِقْ . قُلْنَا : تِلْكَ صِفَةٌ مُجَرَّدَةٌ ، لَا يَعْتِقُ إِلَّا بِوُجُودِهَا ، وَالكِتَابَةُ مُعَاوَضَةٌ يَبْرَأُ فِيهَا بِأَدَاءِ^(٧) الْعَوَضِ ، فَافْتَرَقَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَبْرَاهُ مِنَ الْعَوَضِ فِي الْكِتَابَةِ^(٨) ، عَتَقَ ، وَلَوْ أَبْرَاهُ مِنَ الْمَالِ فِي الصَّفَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، لَمْ يَعْتِقْ . وَالْأَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، فِي أَنَّ مَا كَانَ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ ، لَمْ يَلْزِمَهُ قَبْضُهُ ، وَلَمْ يَعْتِقْ بِبَدْلِهِ ؛ لِمَا ذَكَرَهُ مِنَ الضَّرَرِ الَّذِي لَمْ يَقْتَضِهِ الْعَقْدُ ، وَخَبَرُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَا دَلَالَةَ فِيهِ عَلَى وَجُوبِ قَبْضٍ مَا فِيهِ ضَرَرٌ ، وَلَئِنْ أَصْحَابُنَا قَالُوا : لَوْ لَقِيَهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ نُجُومَ الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْضَهَا ، فَاِمْتَنَعَ مِنْ اخْتِذِهَا لَضَرَرٍ فِيهِ ، مِنْ خَوْفٍ ، أَوْ مُؤْنَةٍ حَمْلٍ ، لَمْ يَلْزِمَهُ قَبُولُهُ ؛ لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الضَّرَرِ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ ، لَزِمَهُ قَبْضُهُ . كَذَا هُنَا . وَكَلَامُ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مُحْتَمَلٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرِ .

فصل : وَإِذَا أَخْضَرَ الْمُكَاتِبُ مَالَ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بَعْضَهُ ، لِيُسَلِّمَهُ ، فَقَالَ السَّيِّدُ : هَذَا حَرَامٌ ، أَوْ غَضِبَ ، لَا أَقْبَلُهُ مِنْكَ . سُئِلَ الْعَبْدُ عَنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ أَقْرَبَهُ ، لَمْ يَلْزِمَ السَّيِّدُ قَبُولَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ اخْتِذُ الْمُحَرَّمِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ ، وَإِنْ أُنْكَرَ ، وَكَانَتْ لِلْسَّيِّدِ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، لَمْ يَلْزِمَهُ قَبُولُهُ ، وَتُسَمَّعُ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ أَنْ لَا يَقْتَضِيَ دَيْتَهُ مِنْ حَرَامٍ ، وَلَا^(٩) يَأْمَنُ^(١٠) أَنْ يَرْجِعَ صَاحِبُهُ / عَلَيْهِ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ ، ٢١٦/١١ لَمْ يَلْزِمَ السَّيِّدُ قَبُولَهُ أَيْضًا ، وَإِنْ خَلَفَهُ ، قِيلَ لِلْسَّيِّدِ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَهُ لِيَعْتِقَ . فَإِنْ قَبِضَهُ ، وَكَانَ تَمَامَ كِتَابَتِهِ ، عَتَقَ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ حَرَامٌ مُطْلَقًا ، لَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(١١) يُعْرَفُ بِهِ لِأَحَدٍ ، وَإِلَّا تَحْرِيمُهُ فِيمَا بَيَّنَّاهُ وَبَيَّنَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ غَضَبَهُ مِنْ فَلَانٍ ، لَزِمَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ^(١٢) ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّ الْمُكَاتِبِ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بِأَدَائِهَا » .

(٨) فِي م : « الْمَكَاتِبَةُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ لَا » .

(١٠) فِي مِ نَهَادَةَ : « مِنْ » .

(١١) فِي أ ، ب : « لَمْ » .

(١٢) فِي مِ نَهَادَةَ : « إِنْ ادَّعَاهُ » .

نفسه ، كما لو قال رجلٌ لعبدٍ في يد غيره : هذا حُرٌّ . وأُنْكَرَ ذلكَ من العبدِ في يده ، لم يُقْبَلْ قوله عليه ، فإن ائْتَقَلَ إليه بسببِ من الأسبابِ ، لَزِمَتْهُ حُرِّيَّتُهُ . وإن أبرأه من مالِ الكِتابَةِ^(١٣) ، لم يَلْزَمْهُ قَبْضُهُ ؛ لأنَّهُ لم يَتَّقِ له عليه حَقٌّ . وإن لم يَبرِّفه ولم يَقْبِضْهُ ، كان له دَفْعُ ذلكَ إلى الحاكمِ ، ويُطالِبُهُ بِقَبْضِهِ ، فيُتَوَبُّ الحاكمُ في قَبْضِهِ عنه ، وَيَعْتَقُ العبدُ ، كما رَوَيْنَاهُ عن عمرَ وعثمانَ ، في قَبْضِهِمَا مَالِ الكِتابَةِ حينَ امْتَنَعَ المُكَاتِبُ من قَبْضِهِ .

فصل : وإذا كاتبه على جنسٍ ، لم يَلْزَمْهُ قَبْضُ غيره ، فلو كاتبه على دنانيرَ ، لم يَلْزَمْهُ قَبْضُ دَرَاهِمَ ، ولا عَرَضٍ ، وإن كاتبه على دَرَاهِمَ ، لم يَلْزَمْهُ أَخْذُ الدنانيرِ ، ولا العَرَضِ . وإن كاتبه على عَرَضٍ مَوْصُوفٍ ، لم يَلْزَمْهُ قَبْضُ غيره . وإن كاتبه على تَقْيِدٍ ، فأعْطَاهُ مِنْ جِنْسِهِ خَيْرًا منه ، وكان يَتَّقُ فيما يَتَّقُ فيه الذى كاتبه عليه ، لَزِمَهُ أَخْذُهُ ؛ لأنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا ، وإن كان لا يَتَّقُ في بعضِ البلدانِ التى يَتَّقُ فيها ما كاتبه عليه ، لم يَلْزَمْهُ قَبْضُهُ ؛ لأنَّ عليه فيه ضَرَرًا .

الفصل الثانى : إذا مَلَكَ ما يُوَدَّى ، فالصحيحُ أَنَّهُ لا يَعْتَقُ حتى يُوَدَّى . رَوَى ذلك عن عمرَ ، وابنه ، ورَئِدٍ ، وعائشةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ؛ فَإِنَّهُمْ قالوا : المُكَاتِبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ^(١٤) . وهو قولُ / أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وعن أحمدَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، روايةُ أُخْرَى ، أَنَّهُ إذا مَلَكَ ما يُوَدَّى ، عَتَقَ ؛ لما رَوَى سَعِيدٌ ، قال^(١٥) : حَدَّثَنَا سَفِيانُ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن نُبَهِانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، عن أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال : « إِذَا كَانَ لِأَخِيكَ مَكَاتِبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ ما يُوَدَّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » . وَرواهُ أَبُو داودَ ، وابنُ ماجهَ ، والترمِذِيُّ^(١٦) . وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . فَأَمَرَهُنَّ بِالْحِجَابِ بِمُجَرَّدِ مِلْكِهِ ما يُوَدَّى ، ولأنَّهُ مالٌ لِقَوَائِمِ مالِ الكِتابَةِ ، أَشْبَهَ ما لو أَدَاهُ . فعلى هذه الروايةِ ، يَصِيرُ حُرًّا بِمِلْكِ الْوَفَاءِ ، فمَتى امْتَنَعَ منه ، أَجْبَرَهُ الحاكمُ عليه . وإن هَلَكَ ما فى يَدَيْهِ^(١٧) قَبْلَ

(١٣) فى م زيادة : « حين امتنع المكاتب من قبضه » .

(١٤) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٤٥٢ .

(١٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٦) تقدم تخريجه ، فى : ١٢٥/٩ .

(١٧) فى الأصل : « يده » .

الأداء ، صار دَيْتًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَقَدْ صَارَ حُرًّا . وَوَجَّهَ الرُّوَايَةَ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهَمٌ »^(١٨) . وَقَوْلُهُ : « أَيُّمَا عَبْدٍ كَاتِبٌ عَلَى مِائَةِ أَوْفِيَّةٍ ، فَأَذَاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ كَاتِبٌ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ ، فَأَذَاهَا إِلَّا عَشْرَةُ دُنَانِيرٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ^(١٩) . وَفِي رَوَايَةٍ : « مَنْ كَاتِبَ عَبْدُهُ عَلَى مِائَةِ أَوْفِيَّةٍ ، فَأَذَاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ » . أَوْ قَالَ : « إِلَّا عَشْرَةَ ذَرَاهِمَ ، ثُمَّ عَجَزَ ، فَهُوَ رَقِيقٌ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢٠) ، وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٢١) غَرِيبٌ . وَلَئِنَّهُ عَتَقَ غُلُقَ يَعْمُوسَ ، فَلَمْ يَعْتَقِ قَبْلَ أَذَاتِهِ ، كَالْوَقَالِ : إِذَا أُدْثِيَ إِلَى الْفَأِ^(٢٢) ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ ، إِنَّ أَدَى عَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّمْ يَعْتِقُ . فَإِنْ ائْتَمَعَ مِنَ الْأَدَاءِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يُؤَدِّيهِ الْإِمَامُ مِنْهُ ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ عَجْزًا ، وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ الْفَسْخَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخُرَقِيِّ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُؤَدِّمْ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ . إِنْ أَحَبَّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا لَمْ يُؤَدِّمْ نَجَمًا ، حَتَّى حُلَّ نَجْمٌ آخَرَ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ إِنْ أَحَبَّ ، وَعَادَ عَبْدًا غَيْرَ مُكَاتِبٍ . وَنَحْوُهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ / ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : إِنْ شَاءَ عَجَزَ نَفْسَهُ ، وَامْتَنَعَ مِنْ ٢١٧/١١
الأداء . وَوَجَّهَهُ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يُجْبَرُ عَلَى اكْتِسَابِ مَا يُؤَدِّيهِ فِي الْكِتَابَةِ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْأَدَاءِ ، كَسَائِرِ الْمُقَوَّدِ الْجَائِزَةِ . وَوَجَّهَ الْأَوَّلُ ، أَنَّهُ^(٢٣) قَدْ ثَبَتَ لِلْعَبْدِ^(٢٤) اسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَّةِ بِمِلْكِهِ مَا يُؤَدِّي ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِنْطِلَاقَهَا ، كَالْوَأْدَى . فَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ قَبْلَ أَذَاتِهِ ، جَازَ تَعَجُّيزُهُ^(٢٥) وَاسْتِرْقَاقُهُ . وَجْهًا وَاحِدًا .

١٩٨٢ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا أَدَى بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، وَمَاتَ وَفِي يَدِهِ وَقَاءٌ وَفَضْلٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . فَيُؤَدِّي الرُّوَاتِيَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، وَالتَّابِقَى لَوَرَثَتِهِ)

يَحْتَمِلُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى مَا قَبْلَهَا ، فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ لَا يَتَعْتَقُ بِمِلْكِهِ مَا يُؤَدِّي . فَقَدْ

(١٨) تقدم تخريجه ، في : ١٢٤/٩ ، ١٢٥ .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) ٢٢-٢٢ في م : « ثبت للمقد » .

(٢٣) في ب ، م : « بحججه » .

مات رقيقاً ، فانفسخت الكتاب بموته ، وكان ما في يده لسيده . وإن قلنا : إنه عتق بملك ما يؤدى . فقد مات حرّاً ، وعليه لسيده بيقه كتابته ؛ لأنه دين له عليه ، والباقي لورثته . قال القاضي : الأصح أنه تنفسخ الكتاب بموته ، وموت عبداً ، وما في يده لسيده . رواه الأثرم بإسناده عن عمر ، وزيد ، والزهري^(١) . وبه قال إبراهيم ، وعمر بن عبد العزيز ، وقتادة ، والشافعي ؛ لما ذكرناه في التي قبلها ، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة ، فوجب أن تنفسخ ، كما لو لم يكن له مال ، ولأنه عتق علق بشرط مطلق ، فينقطع بالموت ، كما لو قال : إن^(٢) أديت إلي ألفاً ، فأنت حر . والرواية الثانية ، يعتق ، وموت حرّاً ، ولسيده بيقه كتابته ، وما فضل لورثته . وروى ذلك عن علي ، وابن مسعود ، ومعاوية^(٣) . وبه قال عطاء ، والحسن ، وطاوس ، وشريح ، والشعبي ، والثوري ، والحسن بن صالح ، ومالك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، إلا أن أبا حنيفة قال : يكون حرّاً في آخر جزء من حياته . وهذا قول القاضي . / ووجه هذه الرواية ، ما قدمناه^(٤) في التي قبلها ، ولأنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ، فلا تنفسخ بموت الآخر ، كالبيع ، ولأن العبد أحد من تمت به الكتابة^(٥) ، فلم تنفسخ بموته كالسيد . والأولى أولى . وتنفارق الكتابة البيع ؛ لأن كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ، ولا يتعلق العقد بعينه ، فلم تنفسخ بتلفه ، والمكاتب هو المعقود عليه ، والعقد متعلق^(٦) بعينه ، فإذا تلف قبل تمام^(٧)

(١) وأخرجه عنهم البيهقي ، في : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣١/١٠ ، ٣٣٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب في مكاتب مات وترك ولداً أحراراً ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٤١٦/٦ . وأخرجه عن نهد ، عبد الرزاق ، في : باب ميراث ولد المكاتب وله ولد أحرار ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٩٢/٨ .

(٢) في ١ ، م : ١ إذا .

(٣) أخرجه عنهم عبد الرزاق ، في : باب ميراث ولد المكاتب ... ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٩١/٨ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ . وأخرجه ، عن علي ومعاوية ، البيهقي ، في : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣١/١٠ ، ٣٣٢ . وعن ابن مسعود ، ابن أبي شيبة ، في : باب في مكاتب مات وترك ولداً أحراراً ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٤١٥/٦ - ٤١٧ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في ب ، م : ١ كتابة .

(٦) في م : ١ يتعلق .

(٧) في ب : ١ إقام .

الأداء ، انفسخ العقد ، كما لو تَلَفَ المَبِيعُ قَبْلَ قبْضِهِ ، ولأنَّهُ مات قَبْلَ وُجُودِ شَرْطِ حُرِّيَّتِهِ ، وَيَتَعَذَّرُ وُجُودُهَا^(٨) بَعْدَ مَوْتِهِ .

فصل : وإن^(٩) مات ولم يُخْلَفْ وُفَاءً ، فلا يَخْلَافُ في المذهب أَنَّ الكِتَابَةَ تَنْفَسِخُ بِمَوْتِهِ ، وَيَمُوتُ عَبْدًا ، ومافِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وهو قولُ أَهْلِ الفَتْوَى من أَئِمَّةِ الْأَمْصَارِ ، إِلَّا أَنَّ يَمُوتُ بَعْدَ أدَاءِ ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الكِتَابَةِ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَمَنْ وافَقَهُمَا ، فَإِنَّهُ يَمُوتُ حُرًّا ، في مُقْتَضَى قَوْلِهِمْ . وقال مالِكٌ : إِنْ كانَ لَهُ وَلَدٌ حُرٌّ ، انْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ ، وَإِنْ كانَ مَمْلُوكًا^(١٠) في كِتَابَتِهِ ، أُجْبِرَ على دَفْعِ المَالِ^(١١) إِنْ كانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، أُجْبِرَ على الاتِّسَابِ والأداء . وقد رُوِيَ عن عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أُدِيَ^(١٢) . ورُوِيَ عن ابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قالَ : « إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتَبُ حَدًّا ، أَوْ مِيرَاثًا ، وَرِثَ بِقَدْرِ مَا أُدِيَ ، وَيُودَى الْمُكَاتَبُ بِحِصَّةِ مَا أُدِيَ »^(١٣) . وعن عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَالنَّخَعِيِّ : إِذَا أُدِيَ الشُّطْرُ ، فَلارِقٌ عَلَيْهِ^(١٤) . وقال ابنُ مَسْعُودٍ : إِذَا أُدِيَ قَدْرُ قِيَمَتِهِ ، فَهُوَ غَرِيمٌ^(١٥) . وقد ذَكَرْنَا الجَوَابَ عن هَذِهِ الْأَقْوَالِ كُلِّهَا^(١٦) فِيمَا تَقَدَّمَ بِمَا أَغْنَى عن إِعَادَتِهِ ، إِنْ شاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : ولا تَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ بِالْجُنُونِ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَا يَزِمُ ، فلم تَنْفَسِخْ بِالْجُنُونِ ، كَالرَّهْنِ ، وفَارَقَ الْمَوْتَ ؛ / لِأَنَّ الْعَقْدَ على الْعَيْنِ ، وَالْمَوْتَ يُفَوِّتُ الْعَيْنَ ، بِخِلَافِ الْجُنُونِ ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ مِنَ الكِتَابَةِ الْعِتْقُ ، وَالْمَوْتَ يُنَافِيهِ ، ولهذا لَا يَصِحُّ عِتْقُ الْمَيِّتِ ،

(٨) في م : وجوده .

(٩) في م : وإذا .

(١٠) في ب ، م : له مملوك .

(١١) في م : نداء : كَلَهُ .

(١٢) تقدم في : ١٢٦/٩ ، وصفحة ٤٥٣ .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ١٢٦/٩ .

(١٤) تقدم في : ١٢٦/٩ ، وتقدم تخريجه ، في : صفحة ٤٥٣ .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٤٥٣ .

(١٦) سقط من : الأصل ، ١ .

والمَجْنُونُ لَا يُنَافِيهِ ؛ بِدَلِيلِ صِرْعَةِ عَتَقِ الْمَجْنُونِ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ أَدَّى إِلَيْهِ الْمَالُ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إِذَا قَبِضَ مِنْهُ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ ، وَلَهُ أَخْذُ الْمَالِ مِنْ يَدِهِ ، فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ بَرَاءَتَهُ مِنَ الْمَالِ ، فَيَعْتَقُ بِحُكْمِ الْعَقْدِ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهِ ^(١٧) ، كَانَ لِلْسَّيِّدِ أَنْ يُحْضِرَهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَتَثْبُتَ الْكِتَابَةُ بِالْبَيِّنَةِ ، فَيُنَحِّثُ الْحَاكِمُ عَنْ مَالِهِ ، فَإِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا ، سَلَّمَهُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَعَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ، جَعَلَ لَهُ أَنْ يُعْجِزَهُ ، وَيُلْزِمَهُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ قَتْلًا ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَ لَهُ الْحَاكِمُ بَعْدَ ذَلِكَ مَالًا بَقِيَ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَبْطَلَ فَسَخَ السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّ الْبَاطِلَ ^(١٨) ، هَانُ بِخِلَافِ مَا حَكَمَ بِهِ ، فَبَطَلَ حُكْمُهُ ، كَمَا إِذَا أُخْطِئَ النُّصْ وَحَكَمَ بِالْأَجْتِهَادِ ، لِأَنَّهُ يُرَدُّ عَلَى السَّيِّدِ مَا أَنْفَقَهُ مِنْ حِينِ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فِي الْبَاطِلِ . وَإِنْ أَفَاقَ ، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ كَانَ قَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالَ الْكِتَابَةِ ، بَطَلَ أَيْضًا فَسَخُ السَّيِّدِ ، وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَنْفَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَ عَلَيْهِ مَعَ عِلْمِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِذَلِكَ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ . وَيَتَبَيَّنُ أَنَّ يَسْتَحْلِفُ السَّيِّدَ الْحَاكِمُ ، أَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى مَالَ الْكِتَابَةِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَمْ يَذْكُرْهُ أَصْحَابُنَا ، وَهُوَ حَسَنٌ ؛ لِأَنَّهُ ^(١٩) 'يَحْتَمِلُ أَنَّهُ' اسْتَوْفَاهُ ، وَالْمَجْنُونُ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ قِيْدَ عِيَةٍ ، فَيَقُومُ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِي اسْتِحْلَافِهِ عَلَيْهِ .

فصل : وَقَتْلُ الْمُكَائِبِ كَمَوْتِهِ ، فِي انْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا اسْتَفْنَاهُ مِنَ الْخِلَافِ ،
سِوَاءِ كَانَ الْقَاتِلُ السَّيِّدَ أَوِ الْأَجْنَبِيَّ . وَلَا قِصَاصَ عَلَى قَاتِلِهِ الْحُرِّ ؛ لِأَنَّ الْمُكَائِبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ
عَلَيْهِ دِرْهَمٌ . فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ سَيِّدَهُ وَلَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَعَادَ مَا فِي يَدِهِ /
إِلَى سَيِّدِهِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَبَّ لَوْجَبَ لَهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْقَاتِلُ لَا يَسْتَحِقُّ
بِالْقَتْلِ شَيْئًا مِنْ تَرْكَةِ الْمَقْتُولِ . قُلْنَا : هَهُنَا لَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُ الْمُكَائِبِ مِيرَاثًا ، بَلْ بِحُكْمِ
مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، لِزَوَالِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنَّمَا يُنْتَعَقُ الْقَاتِلُ الْمِيرَاثَ خَاصَّةً ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ لَهُ ذَيْنِ
مُوجَّهَلٍ ، إِذَا قُتِلَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، حُلَّ ذَيْنَهُ ، فِي ^(٢٠) رِوَايَةٍ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا قُتِلَتْ سَيِّدُهَا

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل : الباطل . : تحريف .

(١٩-١٩) سقط من : م .

(٢٠) في ب ، م : ١ و ٢ .

عَقَّتْ . وَإِنْ كَانَ الْمُكَاتِبُ قَدْ حَلَفَ وَفَاءً ، وَقُلْنَا : إِنَّ الْكِتَابَةَ تَنْفَسِيخُ بَمَوْتِهِ . فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَنْفَسِيخُ بَمَوْتِهِ ^(٢١) . فَهِيَ الْقِيَمَةُ عَلَى سَيِّدِهِ ، تُصَرَّفُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَى بَعْضِ أَطْرَافِهِ فِي حَيَاتِهِ . فَإِنْ كَانَ الْوَفَاءُ يَحْصُلُ بِإِجَابِ الْقِيَمَةِ ، وَلَا يَحْصُلُ بَدْوْنِهَا ، وَجَبَتْ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ وَفَاءً ؛ لِأَنَّ دِيَّةَ الْمَقْتُولِ كَثْرَتُهُ ، فِي قَضَاءِ ذُبُونِهِ مِنْهَا ، وَانْتَصِرَافُهَا إِلَى وَرَثَتِهِ ^(٢٢) بَيْنَهُمْ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى . وَلَا فَرْقَ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، بَيْنَ أَنْ يُحْلَفَ وَارِثًا ^(٢٣) ، أَوْ لَا يُحْلَفَ وَارِثًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُحْلَفَ وَارِثًا سِوَى سَيِّدِهِ ، لَمْ تَجِبِ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ بِحَالٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ ، يُصَرَّفُ مَالُهُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا حَقَّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ صَرْفَهُ إِلَى سَيِّدِهِ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ ، وَالْقَاتِلُ لَا مِيرَاثَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ أَعْجَبِيًّا ، وَجَبَتْ الْقِيَمَةُ لِسَيِّدِهِ ، إِلَّا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا تَنْفَسِيخُ الْكِتَابَةَ ، فَأَيْهَا تَجِبُ لَوَرَثَتِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٣ - مسألة : قال : (وَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ ، كَانَ الْعَبْدُ عَلَى كِتَابَتِهِ ، وَمَا أَدَّى فَيَنْ وَرَثَةُ سَيِّدِهِ ، مَقْسُومًا كَالْمِيرَاثِ)

وجملة ذلك أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَنْفَسِيخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَزِمُ مِنْ جِهَتِهِ ، لَا سَبِيلَ إِلَى فُسْخِهِ ، فَلَمْ يَنْفَسِيخُ بِمَوْتِهِ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ . إِذَا تَبَيَّنَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمُكَاتِبَ يُودَى نُجُومُهُ ، / وَمَا بَقِيَ مِنْهَا ، إِلَى وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنَ لِمَوْرُوثِهِمْ ، وَيَكُونُ مَقْسُومًا بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ ، كَسَائِرِ ذُبُونِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ أَوْلَادٌ ذُكُورٌ وَإِنَاثٌ ، فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ . وَلَا يَغْتَنَى حَتَّى يُودَى إِلَى كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَإِنْ أَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ ، لَمْ يَغْتَنَى ، كَمَا لَوْ كَانَ بَيْنَ شُرَكَاءَ ، فَأَدَّى إِلَى بَعْضِهِمْ ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ غَائِبًا ، وَكَانَ لَهُ وَكِيلٌ ، دَفَعَ نَصِيْبَهُ إِلَى وَكِيلِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكِيلٌ ، دَفَعَ نَصِيْبَهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَعَتَقَ . وَإِنْ كَانَ مُوَلِّيًّا عَلَيْهِ ، دَفَعَ نَصِيْبَهُ إِلَى وَلِيِّهِ ؛ إِمَّا أَنَّهُ أَوْصِيَهُ أَوْ الْحَاكِمِ أَوْ أَمِينِهِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ وَصِيَّانِ ، لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِالْذَّفْعِ إِلَيْهِمَا مَعًا . وَإِنْ كَانَ

(٢١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٢) ق ب : و ورثته .

(٢٣) ق م : و توارثا .

الوارث رشيدياً ، قَبَضَ لنفسه ، ولا نصيحتُ الرَضِيَّةِ إلى غيره ليقبضَ له ؛ لأنَّ الرَشِيدَ وِلْيَ نفسه . وإن كان بعضهم رشيدياً ، وبعضهم موليّاً عليه ، فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد . وإن أُذِنَ بعضهم له في الأداء إلى الآخر ، وكان الذي أُذِنَ له^(١) في ذلك رشيدياً ، فأدّى إلى الآخر جميع حقه ، عتق نصيبه ، فإن كان مُعْسِراً ، لم يسر إلى نصيب شريكه ، وإن كان مُوسِراً ، عتق عليه كله ، وقوم عليه باقيه ، كإلو كان بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه . وهذا ظاهرُ كلام الجرجي . وهو أحد قولَي الشافعي . وقال القاضي : لا يسرى^(٢) عتقه ، وإن كان مُوسِراً . وهو^(٣) القول الثاني للشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة ؛ لأنه أدّى بعض مال الكتابة ، فأشبهه ما لو أداه إلى السيد . وإن أبرأه من مال الكتابة ، برئ منه ، وعتق . وإن أبرأه بعضهم ، عتق نصيبه ، وكذلك ٢١٩/١١ ظ إن أعتق نصيبه منه ، عتق . والخلاف / في هذا كله ، كالخلاف فيما إذا أدّى إلى بعضهم بإذن الآخر . ولنا ، على أنه يعتق نصيب من أبرأه^(٤) من حقه عليه ، أو استوفى نصيبه بإذن شركائه ، أنه أبرأه من جميع ماله عليه ، فوجب أن يلحقه العتق ، كإلو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة ، وفارق ما إذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة ؛ لأنه ما أبرأه من جميع حقه . ولنا ، على سريّة عتقه ، أنه إعتاق لبعض العبد الذي يجوز إعتاقه ، من مُوسِر جائز التصرف ، غير محجور عليه ، فوجب أن يسرى عتقه ، كإلو كان قنّاً ، ولأنه عتق حصّل بفعله واختياره ، فسرى ، كمحلّ الوفاق . فإن قيل : في السريّة إضرار^(٥) بالشركاء ؛ لأنه قد يعجز ، فيرد إلى الرّق . قلنا : إذا كان العتق في محلّ الوفاق يُزيل الرّق المُتمكّن ، الذي لا كتابة فيه ، فلأن يزيل عرَضِيَّة ذلك بطريق الأولى .

١٩٨٤ - مسألة : قال : (وَوَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَهُوَ عَبْدٌ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ)^(١) يعني لجميع الورثة^(٢) ، أما إذا عجز ، وردّ في الرّق ، فإنه يكون عبداً لجميع الورثة ،

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) في ب زيادة : إلى .

(٣) في ب : وهذا .

(٤) في الأصل ، ا ، ب : أبرأ .

(٥) في م : ضرر .

(١-١) سقط من : م .

كألو لم يَكُنْ مُكَاتِبًا ؛ لَأَنَّهُ مِنْ مَالِ مَوْرُوْثِهِمْ ، فَكَانَ بَيْنَهُمْ كَسَائِرُ الْمَالِ ، وَأَمَّا إِذَا (٢) أَدَّى مَالَ الْكِتَابَةِ ، وَعَقَّقَ ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَكُونُ وَلَاؤُهُ لِمُكَاتِبِهِ ، يَخْتَصُّ بِهِ عَصَابَتُهُ دُونَ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَنَقَلَهُ إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى حَنْبَلٌ ، وَصَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي الْمُكَاتِبِ يَمُوتُ سَيِّدُهُ ، وَعَلَيْهِ بَقِيَّةٌ مِنْ كِتَابَتِهِ ، فَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ : الْوَلَاءُ لِلرَّجَالِ وَالنِّسَاءِ . وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ : لَا وَلَاءَ لِلنِّسَاءِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنَّمَا هُوَ دَيْنٌ عَلَى الْمُكَاتِبِ ، وَلَا يَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا كَاتَبْنَ / ، أَوْ أَعْتَقْنَ . وَلِكُلِّ وَجْهٍ . ٢٢٠/١١

وَالَّذِي أَرَاهُ وَيُعْلِبُ ، عَلَى أَنَّهُنَّ يَرِثْنَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُكَاتِبَ لَوْ عَجَزَ بَعْدَ وَفَاةِ السَّيِّدِ ، رُدُّهُ رَقِيقًا . وَهَذَا قَوْلُ طَاوُسٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ (٣) الْمُكَاتِبَ انْتَقَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ بِمَوْتِ الْمُكَاتِبِ ، فَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ، كَأَلَوْ انْتَقَلَ إِلَى الْمُشْتَرَى ، وَلَأَنَّهُ يُودَى إِلَى الْوَرِثَةِ ، فَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ، كَأَلَوْ أَدَّى إِلَى (٤) الْمُشْتَرَى . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ السَّيِّدَ هُوَ الْمُنْعَمُ بِالْعِتْقِ ، فَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، كَأَلَوْ أَدَّى إِلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْوَرِثَةَ إِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مَا بَقِيَ لِلسَّيِّدِ ، وَإِنَّمَا بَقِيَ لِلسَّيِّدِ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتِبِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمِيرَاثِ وَالشِّرَاءِ ، أَنَّ السَّيِّدَ نَقَلَ حَقَّهُ فِي الْمَبِيعِ (٥) بِاخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ يَتَّقْ لَهُ فِيهِ (٦) حَقٌّ مِنْ وَجْهِ ، وَالْوَارِثُ يَخْلُفُ الْمَوْرُوْثَ ، وَيَقُومُ مَقَامَهُ ، وَيَتَنَبَّأُ عَلَى مَا فَعَلَهُ مَوْرُوْثُهُ ، وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ شَيْءٌ أَمَكَنَ بَقَاؤُهُ لِمَوْرُوْثِهِ ، وَالْوَلَاءُ مِمَّا أَمَكَنَ بَقَاؤُهُ لِمَوْرُوْثٍ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَنْتَقِلَ عَنْهُ .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْوَرِثَةُ ، صَحَّ عِتْقُهُمْ ؛ لَأَنَّهُ مِلْكٌ لَهُمْ ، فَصَحَّ عِتْقُهُمْ لَهُ ، وَلِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ أَعْتَقَهُ نَفَذَ عِتْقَهُ ، وَهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ مَوْرُوْثِهِمْ ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُمْ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » (٧) . وَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضُهُمْ نَصِيْبَهُ ، فَعَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شُرَكَائِهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَسِرْ عِتْقَهُ ؛ لَكُونِهِ مُعْسِرًا ، أَوْ لَغَيْرِ ذَلِكَ ،

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في ب : المبيع .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

فله ولأه ما اعتقته ؛ للحبر ، ولأنه منعم عليه بالعتق ، فكان الولاء له ، كغير المكاتب .
وقال القاضي : إن اعتقوه كلهم قبل عجزه ، كان الولاء للسيد ، وإن اعتق بعضهم ، لم
يسر عتقه ، ثم ينظر ؛ فإن أدى إلى الباقي ، عتق كله ، وكان ولأه للسيد ، وإن عجز
فردوه إلى الرق ، كان ولأه نصيب المعتق له ؛ لأنه لولا إعتاقه ، / لعاد سهره رقيقا ،
كسهرام سائر الورثة ، فلما اعتقته ، كان هو المنعم عليه ، فكان الولاء له وولاهم . فأما إن
أبرأه الورثة كلهم ^(٧) ، عتق ، وكان ولأه على الروايتين اللتين ذكرناهما ، فيما إذا أدى
إليهم ؛ لأن الإبراء جرى معجزى استيفاء ما عليه . ويحتمل أن يكون الولاء لهم ؛ لأنهم
أنعموا عليه بما عتق به ، فأشبهه ما لو اعتقوه . وإن أبرأه بعضهم من نصيبه ، كان في ولأيه ما
ذكرناه من الخلاف . والله أعلم .

فصل : إذا باع الورثة المكاتب ، أو وهبوه ، صبح بيعهم وحيثهم ؛ لأنهم يقومون
مقام المكاتب ، والمكاتب يملك بيعه وحيثه ، فكذلك ورثته ، ويكون عند المشتري
والموهوب له مبقى على كتابته ، فإن عجز فعجزه ، عادر رقيقا له ، وإن أدى وعتق ، كان
ولأه لمن يؤدى إليه . على الرواية التي تقول : إن ولأه للورثة ، إذا أدى إليهم . وأما على
الرواية الأخرى ، فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا حيثه ؛ لأن ذلك يقتضي إبطال سبب ثبوت
الولاء للسيد الذي كاتبه . وليس ذلك للورثة ، ويحتمل أن يصح ، ويكون الولاء للسيد إن
عتق بالكتابة ؛ لأن السيد عقد لها ، فعتق بها ، فكان ولأه له ، ويفارق ما باعه السيد ؛ لأن
السيد يبيعه أبطل حق نفسه ، وله ذلك ، بخلاف الورثة ؛ فإنهم لا يملكون إبطال حق
موروثهم .

فصل : وإن وصى ^(٨) السيد بمال الكتابة لرجل ، صبح . فإن سلم مال الكتابة إلى
الموصى له ، أو وكيله ، أو وليه إن كان محجورا عليه ، برئ منه ، وعتق ، وولأه لسيد
الذي كاتبه ؛ لأنه المنعم عليه . وإن أبرأه من المال ، عتق أيضا ؛ لأنه برئ من مال
الكتابة ، فأشبهه ما لو أدى . وإن اعتقه ، لم يعتق ؛ لأنه لا يملك رقبته ، ولا وصى له بها ،

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : أوصى .

وإنما وصَّى له بالمال الذي عليه . وإن عَجَزَ ، ورُدَّ في الرُّقِّ ، عاد عَبْدًا لِلوَرَثَةِ ، وما قَبَضَهُ ^(٩) الموصي له من / المال ، فهو له ؛ لأنَّه قَبَضَهُ بِحُكْمِ الوَصِيَّةِ الصَّحِيحَةِ ، والأَمْرُ ٢٢١/١١ في تَعَجُّيزِهِ إِلَى الوَرَثَةِ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ ^(١٠) لَهُمْ بِتَعَجُّيزِهِ ، وَيَصِيرُ العَبْدُ لَهُمْ ، فَكَانَتِ الْخِيَرَةُ فِي ذَلِكَ لِلْهَم . وَأَمَّا الموصي له ، فَإِنْ حَقَّه وَوَصِيَّتُهُ تَبْطُلُ بِتَعَجُّيزِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِي ذَلِكَ حَقٌّ . وَإِنْ وصَّى بِمَالِ الْكِتَابَةِ لِلْمَسَاكِينِ ، وَوصَّى إِلَى رَجُلٍ بِقَبْضِهِ وَتَفْرِيقِهِ بَيْنَهُمْ ، صَحَّ . وَمَتَى سَلَّمَ الْمَالَ إِلَى الْوَصِيِّ ^(١١) ، بَرِئَ ، وَعَتَّقَ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ لَمْ يَبْرَأْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لغيره . وَإِنْ دَفَعَهُ الْمُكَاتَّبُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، لَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ ، وَلَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ إِلَى الْوَصِيِّ ذُوْنَهُ . وَإِنْ وصَّى بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَى غُرْمَائِهِ ، تَعَيَّنَ الْقَضَاءُ مِنْهُ ، كَمَا لو وصَّى بِهِ عَطِيَّةً لَهُ . فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا وصَّى ^(١٢) بِقَضَاءِ ذُوْبِنِهِ مُطْلَقًا ، كَانَ عَلَى الْمُكَاتَّبِ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْوَصِيِّ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَيَدْفَعَهُ لِلْهَم بِحَضْرَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لِلوَرَثَةِ ، وَلَهُمْ أَنْ يَقْضُوا الدَّيْنَ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ ، وَلِلْوَصِيِّ ^(١٣) فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ حَقٌّ فِيهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ ^(١٤) مَنَعَهُمْ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي التَّرِكَةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ .

فصل : إذا مات رجلٌ ، وخَلَّفَ ابْنَيْنِ وَعَبْدًا ، فادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ كَاتِبَهُ ، فَصَدَّقَاهُ ، ثَبَتَتْ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما . وَإِنْ أَكْذَرَاهُ ، وَكَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، ثَبَتَتْ الْكِتَابَةُ ، وَعَتَّقَ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهَا . وَإِنْ عَجَزَ ، فَلَهَا رُدُّهُ إِلَى الرُّقِّ . وَإِنْ لَمْ يُعْجِزْهُ ، وَصَبَّرَا عَلَيْهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْفَسَخُ . وَإِنْ عَجَزَهُ أَحَدُهُمَا ، وَأَبَى الْآخَرُ تَعَجُّيزَهُ ، بَقِيَ نِصْفُهُ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَعَادَ نِصْفُهُ الْآخَرُ رَقِيْقًا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا مَعَ أَيْمَانِهِمَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرُّقِّ ، وَعَدَمُ الْكِتَابَةِ ، وَتَكُونُ أَيْمَانُهُمَا ^(١٥) عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ، فَيُخْلِفَانِ بِاللَّهِ

(٩) لَمْ تَمْنَعَهُ : : الموصي .

(١٠) قِيَامُ : : بَيِّنَةٌ

(١١) قِيَامُ : : الموصي .

(١٢) قِيَامُ : : أَوْصَى .

(١٣) قِيَامُ : : والموصي .

(١٤) قِيَامُ : : م : : لَهُمْ .

(١٥) قِيَامُ : : أَيْمَانُهُمَا .

أَنْهُمَا لَا يَعْلَمَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا كَاتِبُهُ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى نَفْسِي فَعَلِ الْغَيْرِ ، فَإِنْ حَلَفَا ، ثَبَّتَ رَقْعَهُ ،
وَأِنْ نَكَلَا ، قُضِيَ عَلَيْهِمَا / أَوْ رُدَّتِ الْيَمِينُ ^(١٦) ، عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَضَى بَرْدَهَا ، فَيُخْلِفُ
الْعَبْدُ ، وَتَثْبُتُ الْكِتَابَةُ . وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَنَكَلَ الْآخَرُ ، قُضِيَ بِرَقْعِ نَصْفِهِ ، وَكِتَابَةُ
نِصْفِهِ . وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ ، ثَبَّتِ الْكِتَابَةُ فِي نِصْفِهِ ، وَعَلِيهِ الْبَيِّنَةُ فِي
نِصْفِهِ الْآخَرِ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، وَحَلَفَ الْمُتَكَبِّرُ ، صَارَ نِصْفُهُ مُكَاتِبًا ، وَنِصْفُهُ رَقِيقًا
فَقُتِلَ . فَإِنْ شَهِدَ الْمُقَرُّ عَلَى أَخِيهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْرُبُهَا إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ
بِهَا ضَرَرًا . فَإِنْ كَانَ مَعَهُ شَاهِدٌ آخَرُ ، كَمَلَتْ الشَّهَادَةُ ، وَتَثْبُتُ الْكِتَابَةُ فِي جَمِيعِهِ . وَإِنْ
لَمْ يَشْهَدْ مَعَهُ غَيْرُهُ ، فَهَلْ يُخْلِفُ الْعَبْدُ مَعَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا ، أَوْ لَمْ يُخْلِفِ
الْعَبْدُ مَعَهُ ، وَحَلَفَ الْمُتَكَبِّرُ ، كَانَ نِصْفُهُ مُكَاتِبًا ، وَنِصْفُهُ رَقِيقًا ، وَيَكُونُ كَسْبُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الْمُتَكَبِّرِ نِصْفَيْنِ ، وَتَفَقُّهُ مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهَا عَلَى نَفْسِهِ ، وَعَلَى مَالِكِ نِصْفِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ
كَسْبٌ ، كَانَ عَلَى الْمُتَكَبِّرِ نِصْفٌ تَفَقُّهُ ، ثُمَّ إِنْ اتَّفَقَ هُوَ وَمَالِكٌ نِصْفُهُ عَلَى الْمُهَيَّأَةِ ،
مُعَاوَمَةً أَوْ مُشَاهَرَةً ، أَوْ كَيْفَمَا كَانَ ، جَازَ . وَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ أَحَدُهُمَا ، وَامْتَنَعَ الْآخَرُ ،
فَظَاهِرٌ كَلَامُ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا ،
فَإِذَا أَرَادَ أَحَدُهُمَا حَيَاةَ نَصِيبِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، لَزِمَ الْآخَرَ إِجَابَتُهُ ، كَالْأَغْيَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
لَا يُجْبَرُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُهَيَّأَةَ تَأْخِيرُ حَقِّهِ الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ فِي هَذَا الْيَوْمِ
مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا ، فَلَا تَجِبُ الْإِجَابَةُ إِلَيْهِ ، كَتَأْخِيرِ دَيْنِهِ الْحَالِ . فَإِنْ اقْتَسَمَا الْكَسْبَ
مُهَيَّأَةً ، أَوْ مُنَاصَفَةً ، فَلَمْ يَفِ بِأَدَاءِ نَجْوَمِهِ ، فَلِلْمُقَرَّرِ فِي الرُّقْعِ ، وَمَا فِي يَدِهِ لَهُ خَاصَّةٌ ؛
لِأَنَّ الْمُتَكَبِّرَ قَدْ أَخَذَ حَقَّهُ مِنَ الْكَسْبِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ الْمُتَكَبِّرُ وَالْمُقَرَّرُ فِيمَا فِي يَدِ الْمُكَاتِبِ ،
فَقَالَ الْمُتَكَبِّرُ : هَذَا كَانَ فِي يَدِهِ قَبْلَ دَعْوَى الْكِتَابَةِ ، أَوْ كَسَبَهُ ^(١٧) فِي حَيَاةِ أَبِيئَا . وَأَلْكَرَ ذَلِكَ
الْمُقَرَّرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُتَكَبِّرَ يَدَّعِي كَسْبَهُ فِي وَقْتِ الْأَصْلِ عَدَمُهُ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ
لَوْ اخْتَلَفَ هُوَ وَالْمُكَاتِبُ فِي ذَلِكَ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُكَاتِبِ ، فَكَذَلِكَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ .
وَإِنْ أَدَّى الْكِتَابَةُ ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُقَرَّرِ خَاصَّةً ، وَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْثُرِ

(١٦) فِي مِ نَادَاةٍ : عَلَيْهِ .

(١٧) فِي مِ : وَكَسَبَهُ .

العَتَقَ ، ولم يَتَسَبَّبْ^(١٨) إليه ، وإنما كان السَّبَبُ^(١٩) مِنْ أَبِيهِ ، وهذا حَالُهُ عَنْ أَبِيهِ ، مُقَرَّرٌ بِفِعْلِهِ ، فهو كالشَّاهِدِ ، ولأنَّ الْمُقَرَّرَ يَزْعُمُ أَنْ نَصِيبَ أَخِيهِ حُرٌّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَبَضَ مِنَ الْعَبْدِ مِثْلَ مَا قَبَضَ ، فَقَدْ حَصَلَ أَداءُ مَالِ الْكِتَابَةِ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَعَتَقَ كُلَّهُ بِذَلِكَ ، وولاءُ هذا النَّصِيفِ لِلْمُقَرَّرِ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وهذا الْمُقَرَّرُ يَدَّعِي أَنَّهُ كُلُّهُ قَدْ عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ، وهذا الْوَلَاءُ الَّذِي عَلَى هَذَا النَّصِيفِ نَصِيبِي مِنَ الْوَلَاءِ . وقال أصحابُ الشافعي : في ذلك وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا . والثَّانِي^(٢٠) ، الْوَلَاءُ بَيْنَ الْأَثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْبَغُ لِمَوْرُوئِيهِمَا ، فَكَانَ لهما بِالْمِيرَاثِ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَا يَمْتَنِعُ^(٢١) ثُبُوتُ الْوَلَاءِ لِلْأَبِ ، وَاجْتِنَابُ أَحَدِ الْأَثْنَيْنِ بِهِ ، كَمَا لو ادَّعَى أَحَدُهُمَا دَيْنًا لِأَبِيهِ عَلَى إِنْسَانٍ ، وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ ، فَإِنَّ الْمُدَّعِيَ يَأْخُذُ نَصِيبَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، وَيَحْتَصِرُّ بِهِ دُونَ أَخِيهِ ، وَإِنْ كَانَ يَرِثُهُ عَنِ الْأَبِ ، وَكَذَلِكَ لو ادَّعِيَاهُ مَعًا ، وَأَقَامَا بِهِ شَاهِدًا وَاحِدًا ، فَحَلَفَ أَحَدُهُمَا مَعَ الشَّاهِدِ ، وَأَبَى الْآخَرُ . فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ ، عَتَقَ ، وَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، إِنْ كَانَ مُوسِرًا . هذا قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَهُ مِنْ عَبْدٍ ، وَكَانَ لَهُ مَا يَتَلَعُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، وَأُعْطِيَ شِرْكَاءُهُ حِصَصَهُمْ »^(٢٢) . ولأنَّهُ مُوسِرٌ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ / مِنْ ٢٢٢/١ ط

عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَغَيْرِ الْمُكَاتِبِ . وقال أبو بكرٍ ، والقاضي : لَا تُعْتَقُ إِلَّا حِصَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ الْمُقَرَّرَ ، فَهُوَ مُتَّفَقٌ ، وَإِنْ كَانَ الْمُنْكَرَ ، لَمْ يَسِرْ^(٢٣) إِلَى نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ ؛ لِأَنَّهُ مُكَاتِبٌ لغيرِهِ ، وَفِي سِرَايَةِ الْعَتَقِ إِلَيْهِ إِبْطَالُ سَبَبِ الْوَلَاءِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ .

١٩٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَمْتَنِعُ الْمُكَاتِبُ مِنَ السَّفَرِ)

وجعلته أَنَّ الْمُكَاتِبَ لَا يَمْتَنِعُ مِنَ السَّفَرِ ، قَرِيبًا كَانَ أَوْ بَعِيدًا . وهذا^(١) قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ،

(١٨) في الأصل : ؛ يَنْسَبُ .

(١٩) في الأصل : ؛ السَّبَبُ .

(٢٠) بعد هذا في الأصل ، ١ : ؛ أَنْ .

(٢١) في ب ، م ، ؛ يَمْتَنِعُ .

(٢٢) تقدم تخريجُه ، في : ٣٦٢/٧ .

(٢٣) في ب ، م ، ؛ بَصَرَ .

(١) في الأصل : ؛ وَهُوَ .

والتَّحْيِي ، وسعيد بن جبَّير ، والثَّوْرِي ، والحسين بن صالح ، وأبي حنيفة . ولم يُرَقَّ أصحابنا بين السَّفر الطويل وغيره ، ولكن^(٢) المذهب أنَّ له منعه من سفرٍ يُجَلُّ نُجُومُ كِتَابَتِهِ قَبْلَهُ^(٣) ؛ لَأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ النُّجُومِ فِي وَقْتِهَا ، والرُّجُوعُ فِي رِقَّةٍ^(٤) عِنْدَ عَجْزِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَالْعَرِيمِ الَّذِي يُجَلُّ عَلَيْهِ الدِّينُ قَبْلَ مُدَّةِ سَفَرِهِ . وَاخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَهُ السَّفَرُ . (وَفِي قَوْلٍ : لَيْسَ لَهُ السَّفَرُ) . فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : فِيهَا قَوْلَانِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، إِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ ؛ فَالْمَوْضِعُ الَّذِي قَالَ : لَهُ السَّفَرُ . إِذَا كَانَ قَصِيرًا ؛ لَأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْحَاضِرِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي مَنَعَ مِنْهُ ، إِذَا كَانَ بَعِيدًا ، يَتَعَذَّرُ مَعَهُ^(٥) اسْتِيفَاءُ نُجُومِهِ ، والرُّجُوعُ فِي رِقَّةٍ عِنْدَ عَجْزِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَاتِبَ فِي يَدِ نَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا السَّيِّدُ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ الْمَدِينِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا أَصْلَ لَهُ ، وَيُطْلَقُ بِالْحُرِّ^(٦) الْعَرِيمِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ لَا يُسَافِرَ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الشَّرْطُ بَاطِلٌ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وسعيد بن جبَّير ، والشَّعْبِيِّ ، والتَّحْيِي ، وأبي حنيفة ؛ لَأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ شَرْطُهُ ، كَشَرْطِ تَرْكِ الْاِكْتِسَابِ ، وَلَأَنَّهُ غَرِيمٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ شَرْطُ تَرْكِ السَّفَرِ عَلَيْهِ ، كَالْوَأْدِ^(٧) رَجُلًا^(٨) قَرْضًا بِشَرْطِ أَنْ لَا يُسَافِرَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ / ٢٢٣/١١ : يَصِحُّ الشَّرْطُ ، وَلَهُ مِنْهُ مِنَ السَّفَرِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٩) . وَلَأَنَّهُ شَرَطَ لَهُ فِيهِ قَائِدَةً ، فَلَزِمَ ، كَالْوَأْدِ تَقْدَامَ مَعْلُومًا . وَبَيَّانُ فَائِدَتِهِ ، أَنَّهُ لَا يَأْمَنُ^(١٠) إِبَاقَهُ ، وَأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَيَقُوتُ الْعَبْدُ وَالْمَالُ الَّذِي عَلَيْهِ ،

(٢) سقطت الواو من : ب ، م . وفي م بعد ذلك زيادة : : قياس .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : وقته .

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ١ . نقل نظر .

(٦) في م زيادة : : بعد .

(٧) في م : : بالحرم . خطأ .

(٨) في م : : أقرضه .

(٩) في الأصل ، ب ، م : : رجل .

(١٠) تقدم تحريمه ، في : ٣٠/٦ .

(١١) في ب زيادة : : من .

وَيُفَارِقُ الْقَرْضَ ، فَإِنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنْ جَانِبِ الْمُقْرِضِ ، مَتَى شَاءَ طَالَبٌ بِأَخْذِهِ ، وَمَنْعَ الْغَرِيمِ السَّفَرُ قَبْلَ إيفَائِهِ ، فَكَانَ الْمَنْعُ مِنَ السَّفَرِ حَاصِلًا بِذُنْ شَرْطِهِ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ السَّيِّدَ مَنَعَهُ مِنَ السَّفَرِ إِلَّا بِشَرْطِهِ ، وَفِيهِ جَفْظٌ عَبْدَهُ وَمَالَهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ تَحْصِيلِهِ^(١٢) . وَهَذَا أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَأَوَّلَى . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، لِسَيِّدِهِ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ ، فَإِنْ سَافَرَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَهُ رَدُّهُ ، إِنْ أَمَكَّنَتْهُ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ رَدُّهُ ، اِحْتِمَالٌ أَنَّ لَهُ تَعْجِيزَهُ ، وَرَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفِ بِمَا شَرَطَهُ عَلَيْهِ ، أَشَبَّهُ مَا لَوْ لَمْ يَفِ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ . وَاحْتِمَالٌ أَنَّ لَا يُمْلِكُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُكَاتَّبٌ كِتَابَةً صَحِيحَةً ، لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ ، فَلَمْ يُمْلِكْ تَعْجِيزَهُ ، كَالْوَلِيِّ لَمْ يَشْتَرِطْ^(١٣) عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ فِي كِتَابَتِهِ أَنْ لَا يَسْأَلَ النَّاسَ^(١٤) ، فَقَالَ أَحْمَدُ : قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ : هُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إِنْ رَأَيْتَهُ يَسْأَلُ تَنْهَاهُ ، فَإِنْ قَالَ : لَا أَعُوذُ . لَمْ يَرُدَّهُ عَنْ كِتَابَتِهِ فِي مَرَّةٍ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ لِازْمٍ ، وَأَنَّهُ إِنْ خَالَفَ مَرَّةً ، لَمْ يَعْجِزْهُ ، وَإِنْ خَالَفَ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَلَهُ تَعْجِيزُهُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِذَا رَأَاهُ يَسْأَلُ مَرَّةً فِي مَرَّةٍ ، عَجِزَهُ ، كَمَا إِذَا حُلَّ نَجْمٌ فِي نَجْمٍ ، عَجِزَهُ . فَاعْتَبِرَ الْمُخَالَفَةَ فِي مَرَّتَيْنِ كَحُلُولِ^(١٥) نَجْمَيْنِ . وَإِنَّمَا صَحَّ الشَّرْطُ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . وَلَئِنْ لَهُ فِي هَذَا فَائِدَةٌ وَغَرَضًا صَحِيحًا ، وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ كَلًّا عَلَى النَّاسِ ، وَلَا يُطْعِمَهُ مِنْ صَدَقَتِهِمْ وَأَوْسَاحِهِمْ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلْمُكَاتَّبِ سَهْمًا مِنَ الصَّدَقَةِ ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ﴾^(١٦) . / وَهُمْ الْمُكَاتَّبُونَ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُ تَرْكِ^(١٧) طَلَبِ مَا جَعَلَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَهُ^(١٨) .

١٩٨٦ - مسألة : قال : (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ)

وهذا قول الحسن ، ومالك ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وأبي

(١٢) في الأصل : : تخليصه .

(١٣) في الأصل : بشرط .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في الأصل : : والحكم .

(١٦) سورة التوبة : ٦٠ .

(١٧) سقط من : الأصل .

يوسف . وقال الحسن بن صالح : له ذلك ؛ لأنه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، فَهُوَ عَاهِرٌ »^(١) . وَلَئِنْ عَلَى السَّيِّدِ فِيهِ ضَرَرًا ، لَأَنَّهُ رُبَّمَا عَجَزَ ، فَيُرْجَعُ إِلَيْهِ نَاقِصَ الْقِيَمَةِ ، وَيَحْتَاجُ أَنْ يُؤَدَّى الْمَهْرُ وَالثَّقَفَةُ مِنْ كَسْبِهِ ، فَيُعْجَزُ عَنْ تَأْدِيَةِ نُجُومِهِ ، فَيُمنَعُ مِنْ ذَلِكَ ، كَالْتَّبَرُّعِ بِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا تَزَوَّجَ ، لَمْ يَصِحَّ تَزْوِيجُهُ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : نِكَاحُهُ مَوْقُوفٌ ، إِنْ أُدِّيَ ، ثَبِتْنَا ، أَنَّهُ كَانَ صَحِيحًا ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ . وَلَنَا ، الْخَبَرُ ، وَلَأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مُنْعٍ^(٢) مِنْهُ لِلضَّرَرِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالِهَيْبَةِ ، وَمَا ذَكَرَهُ لِأَصْلٍ لَهُ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُقَرَّرُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، فَعَلَيْهِ مَهْرٌ بِثَلَاثٍ ، يُؤَدَّى مِنْ كَسْبِهِ ؛ لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ جَنَائِيهِ . وَإِنْ أَثَبْتُ بَوْلِدَ ، لِحَقِّهِ نَسَبُهُ ؛ لَأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ حُرَّةً ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً ، فَوَلَدُهَا رَقِيقٌ لِسَيِّدِهَا . فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ لَهُ^(٣) سَيِّدُهُ فِي النِّكَاحِ ، صَحَّ مِنْهُ . فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ فَإِنَّ الْخَبَرَ يَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى صِحَّةِ تَزْوِيجِهِ ، إِذَا أُذِنَ لَهُ^(٤) ، وَلَئِنْ الْمَنَعُ مِنْ نِكَاحِهِ لِحَقِّ سَيِّدِهِ ، فَإِذَا أُذِنَ لَهُ ، زَالَ الْمَانِعُ ، وَلَأَنَّهُ لَوْ أُذِنَ لَعَبْدِهِ الْقِنُّ فِي النِّكَاحِ ، صَحَّ مِنْهُ ، فَالْمُكَاتَّبُ أَوَّلَى .

فصل : وليس له التَّسَرُّيُّ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لَأَنَّ^(٥) مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : لَا يَتَّبِعِي لِأَهْلِهِ أَنْ يَمْنَعُوهُ مِنَ التَّسَرُّيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ مِلْكَهُ نَاقِصٌ ، وَعَلَى السَّيِّدِ فِيهِ ضَرَرٌ ، فَيُمنَعُ مِنْهُ ، كَالْتَزْوِيحِ . وَبَيَّنَّ الضَّرَرَ فِيهِ ؛ أَنَّهُ رُبَّمَا أَحْبَلَهَا ، وَالْحَبْلُ مَخُوفٌ فِي بَنَاتِ آدَمَ ، فَرُبَّمَا ثَلِثَتْ ، وَرُبَّمَا وَلَدَتْ ، فَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ ، فَيُمنَعُ^(٦) عَلَيْهِ بَيْعُهَا فِي أَدَاءِ كِتَابَتِهِ^(٧) ، وَإِنْ عَجَزَ^(٨) ، رَجَعَتْ إِلَى السَّيِّدِ نَاقِصَةً ، فَإِذَا مُنِعَ مِنَ التَّزْوِيحِ لَضَرَرِهِ ، فَهَذَا أَوَّلَى . ٢٢٤/١١

(١) تقدم تحريمه ، في : ٤٣٦/٩ .

(٢) في الأصل : « يمنع » .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤) في م : « لأنه » .

(٥) في الأصل : « فيمنع » .

(٦) في م : « كتابتها » .

(٧) في م : « عجزت » .

فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّسَرُّي، جاز له . وقال الشافعي : لا يجوز له ذلك ، وإن أُذِنَ له ^(٨) فيه سَيِّدُهُ . فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَمُرٌ يُضَرُّ بِهِ ، وَرَبِّمَا أَفْضَى إِلَى مَنَعِهِ مِنَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَجْزْ وَإِنْ أُذِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ ، وَلَئِنَّ نَاقِصَ الْمِلْكِ ، فَلَمْ يَجْزْ لَهُ التَّسَرُّي ، كَوَطْءِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ أُذِنَ لَعَبْدِهِ الْيَقْنُ فِي التَّسَرُّي ، جَازَ ، فَالْمُكَائِبُ أَوْلَى ، وَلَئِنْ نَتَنَعَّ كَانَ لِأَجْلِ الضَّرَرِ بِالسَّيِّدِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ ^(٩) ، كَالْتَزْوِيجِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا تَسَرَّى بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا حَاجَةَ عَلَيْهِ ؛ لِشَبْهَةِ الْمِلْكِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَبَّ لَوَجَبَ لَوَجَبَ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْإِنْسَانِ شَيْءٌ لِنَفْسِهِ . وَإِنْ حَبِلَتْ ، فَالْتَّسَبُّ لَأَحَقُّ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ إِذَا سَقَطَ بِالشَّبْهِةِ ، لَحِقَهُ التَّسَبُّ ، وَيَكُونُ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ أُمِّهِ ، وَلَا يَغْتَنِقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍّ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ ، وَيَكُونُ مَوْقُوفًا عَلَى كِتَابَتِهِ ، فَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ ، وَعَتَقَ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لِأَبِيهِ الْحُرِّ ، وَإِنْ عَجَزَ ، وَعَادَ إِلَى الرَّقِّ ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ أَيْضًا ، وَيَكُونَانِ مَمْلُوكَيْنِ لِلْسَّيِّدِ . فَأَمَّا الْأُمَّةُ ، فَإِنْ وَلَدَتْ قَبْلَ عِتْقِهِ وَعَجَزَهُ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لِلْمُكَائِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا لَهُ حُرْمَةُ الْحُرِّيَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَيَغْتَنِقُ بِعَتْقِ أَبِيهِ ، فَكَذَلِكَ أُمُّهُ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَتَكُونُ مَوْقُوفَةً ^(١٠) مَعَ الْمُكَائِبِ ، إِنْ عَتَقَ ، فَهِيَ أُمٌّ وَلَدٍ ^(١١) ، وَإِنْ رَقَّ ، رَقَّتْ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ : لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ بِحَالٍ ، وَلَهُ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّهَا حَمَلَتْ بِمَمْلُوكٍ ، فِي مِلْكٍ غَيْرِ تَامٍّ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَ عِتْقِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، ثَبِينًا أَنَّهَا حَمَلَتْ بِهِ فِي حَالِ رَقِّهِ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، حَكَمْنَا أَنَّهَا حَمَلَتْهُ حُرًّا ؛ لِأَنَّنَا لَمْ نَتَيَقَّنْ وَجُودَهُ فِي حَالِ / الرَّقِّ ، وَتَكُونُ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا عِلَقَتْ بِحُرٍّ فِي ٢٢٤/١١ هـ

فصل : وَلَيْسَ لِلْمُكَائِبِ أَنْ يُزَوِّجَ عَبِيدَهُ وَإِمَاءَهُ ، بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَذَكَرَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ

(٨) سقط من : ١ ، م .

(٩) ق م : تأديه ه .

(١٠) ق ب م : على ه .

(١١) ق ١ ، م : ولده ه .

على مُنْعَةٍ ، فَلَمَّكَه ، كَالْإِجَارَةِ . ^(١٢) وهو الذى قاله أبو الحُطَّاب ، فى « رُؤوس المسائل » ^(١٣) . وحُكِيَ عن القاضى ، أَنَّهُ قال فى « الخِصَالِ » : لَه تَزْوِيجُ الْأُمَةِ دُونَ الْعَبْدِ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ بِأَخْذِ عَوْضًا عَنْ تَزْوِيجِهَا ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ ^(١٤) عَلَى مَنَافِعِهَا ، فَأَثْبَتَهُ إِجَارَتُهَا . وَلَنَا ، أَنَّ عَلَى السَّيِّدِ ضَرَرًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ زَوَّجَ ^(١٥) الْعَبْدَ ، لَزِمَتْهُ تَقَهُ أَمْرَتِهِ وَمَهْرُهَا ، وَشَغَلَهُ بِحُقُوقِ النِّكَاحِ ، وَنَقَصَ قِيَمَتَهُ ، وَإِنْ زَوَّجَ ^(١٦) الْأُمَةَ ، مَلَكَ الزَّوْجُ بَضْعَهَا ، وَنَقَصَتْ قِيَمَتُهَا ، وَقَلَّتِ الرِّغَابُ فِيهَا ، وَرُبَّمَا امْتَنَعَ بَيْعُهَا بِالْكُلِّيَّةِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ جِهَاتِ الْمَكَائِبِ ^(١٧) ، فَرُبَّمَا أَعْجَزَهُ ^(١٨) ذَلِكَ عَنْ أَدَاءِ ثُجُومِهِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا لِلْسَّيِّدِ ، مَعَ مَا تَعَلَّقَ بِهِمْ مِنَ الْحُقُوقِ ، وَلِحَقِّهِمْ مِنَ النِّقْصِ ، فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ لَهُ ، كِإِعْتَاقِهِمْ ، وَفَارَقَ إِجَارَةَ الدَّارِ ، فَأَثْبَتَهَا مِنْ جِهَاتِ الْمَكَائِبِ عَادَةً . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ وَجَبَ تَزْوِيجُهُمْ ، لَطَلَبَهُمْ ذَلِكَ ، وَحَاجَتُهُمْ إِلَيْهِ ، بَاعُهُمْ ؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ مَتَى طَلَبَ التَّزْوِيجَ ، تُخَيَّرَ سَيِّدُهُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَتَزْوِيجِهِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ ^(١٩) السَّيِّدُ فِي ذَلِكَ ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، وَالْمَنْعَ مِنْ أَجَلِهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ .

فصل : وليس له إعتاق رقيقه ، إلَّا بإذن سيِّده . وهذا قال الحسن ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَى سَيِّدِهِ ، بِتَقْوِيَةِ مَا لَهُ فِيهِمَا لَا يَخْصُلُ لَهُ بِهِ مَالٌ ، فَأَثْبَتَهُ الْهَيْئَةُ . فَإِنْ أَعْتَقَ ، لَمْ يَصِحَّ إِعْتَاقُهُ . وَيَخْرُجُ أَنْ يَصِيحَّ ، وَيَقِفَ عَلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرِ : هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى آخِرِ أَمْرِ الْمَكَائِبِ ؛ فَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ مُعْتَقَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ ، رَقَّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، كَقَوْلِنَا فِي ذَوَى الْأَرْحَامِ ، إِنَّهُمْ مَوْقُوفُونَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ بغير إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَالْهَبِيَةِ ، وَلِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ / تَصَرُّفًا مَنِيعٌ مِنْهُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَسَائِرِ مَانِعٍ ^(٢٠) مِنْهُ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى

٢٢٥/١١

(١٢-١٣) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٣) فى م زيادة : ذمة .

(١٤-١٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) فى أ ، م : المكايب . تحريف .

(١٦) فى م : عجزه .

(١٧) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(١٨) فى م : يمنع .

ذَوِي أَرْحَامِهِ^(١٩) ؛ لِأَنَّ عَتَقَ ذَوِي أَرْحَامِهِ ، لَيْسَ بِتَصَرُّفٍ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقُهُم الشَّرْعُ عَلَى مَا لِيَكِهِمْ بِمِلْكِهِمْ ، وَالْمُكَاتَبُ مِلْكُهُ نَاقِصٌ ، فَلَمْ يَعْتَقُوا^(٢٠) بِهِ ، فَإِذَا عَتَقَ ، كَمَلَ مِلْكُهُ ، فَعَتَقُوا حِينَئِذٍ ، وَالْمُعْتَقُ إِنَّمَا يَعْتَقُ بِالِإِغْتِقِ الَّذِي كَانَ بَاطِلًا ، فَلَا تُثَبِّتُ صِحَّتُهُ إِذَا كَمَلَ الْمِلْكُ ؛^(٢١) لِأَنَّ كَالَ الْمِلْكِ^(٢٢) فِي الثَّانِي ، لَا يُوجِبُ كَوْنَهُ كَامِلًا حِينَ الْإِغْتِقِ ، وَلِذَلِكَ^(٢٣) لَا يَصِحُّ سَائِرُ تَبَرُّعَاتِهِ بِأَدَائِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَذِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ ، صَحَّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَهُ بِمَا لَهُ يُقَوِّتُ^(٢٤) الْمَقْصُودَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَهُوَ الْعِتْقُ الَّذِي هُوَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ فِيهِ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْوِيَتُهُ ، وَلِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَنْفَكُ مِنَ الْوَلَاءِ ،^(٢٥) وَالْعَبْدُ لَيْسَ^(٢٦) مِنْ أَهْلِهِ ، وَلِأَنَّ مِلْكَ الْمُكَاتَبِ نَاقِصٌ ، وَالسَّيِّدُ لَا يَمْلِكُ إِغْتِقَ مَا فِي يَدِهِ ، وَلَا هَيْئَةَ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِذْنُهُ^(٢٧) فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَقَّ لَا يُخْرُجُ عَنْهُمَا ، فَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى التَّبَرُّعِ بِهِ ، جَازَ ، كَالرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهَنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَطْلُبُ بِالنِّكَاحِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ^(٢٨) وَلَا يَمْلِكُهُ السَّيِّدُ^(٢٩) عَلَيْهِ ، وَإِذَا أَذِنَ لَهُ فِيهِ ، جَازَ . وَأَمَّا الْوَلَاءُ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مُوقُوفًا ، فَإِنْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ ، كَانَ لَهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ،^(٣٠) كَمَا يَرَى مِمَّا لِيَكِهِ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ . هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي . وَقَالَ^(٣١) أَبُو بَكْرٍ : يَكُونُ لِسَيِّدِهِ^(٣٢) ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ إِنَّمَا صَحَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ كَالنَّائِبِ^(٣٣) لَهُ .

فصل : وَالْمُكَاتَبُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ اسْتِهْلَاكُهُ ، وَلَا هَيْئَتُهُ . وَهَذَا قَوْلُ

(١٩) ق ب : : الأرحام .

(٢٠) ق م : : يعتق .

(٢١) ٢١ - ٢١) سقط من : ب .

(٢٢) ق ا ، ب ، م ، : : وكذلك .

(٢٣) ق ب ، م ، : : يفتق .

(٢٤) ٢٤ - ٢٤) في الأصل ، ا ، ب ، : : وليس .

(٢٥) ق م : : لأنه .

(٢٦) ق ا ، م ، : : يملك .

(٢٧) ٢٧ - ٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) ٢٨ - ٢٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٩) ق ا ، م ، زيادة : : القاضي .

(٣٠) في الأصل : : كالتاب .

الحسن، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا أعلم فيه مخالفاً؛ لأنَّ حقَّ سيِّده لم يَنْقَطِعْ عنه، لأنَّه قد يَعْجَزُ، فيُعَوِّذُ إليه، ولأنَّ القصد من الكِتَابَةِ تَحْصِيلُ الْعِنَقِ بِالْأَدَاءِ، وَهِيَ مَالُهُ تَفَوُّتُ ذَلِكَ. وإن أذِنَ فِيهِ سَيِّدُهُ، جاز. وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأنَّه يَفَوُّتُ الْمَقْصُودَ بِالْكِتَابَةِ. وعن الشافعي فيه^(٣١) كَالْمَذْهَبَيْنِ. ولنا، أَنَّ الْحَقَّ لا يَخْرُجُ عَنْهُمَا، فجاز بَاتِّفَاقِهِمَا، كالرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ. فَأَمَّا الْهَبَةُ بِالثَّوَابِ، / فلا تَصِحُّ. وقال الشافعي، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ: تَصِحُّ؛ لِأَنَّ فِيهَا مُعَاوَضَةً. ولنا، أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي تَقْدِيرِ الثَّوَابِ، يُوجِبُ الْعَرَّزَ فِيهَا، وَلِأَنَّ عَوَضَهَا يَتَأَخَّرُ، فَتَكُونُ كَالْبَيْعِ نَسِيئَةً. وإن أذِنَ فِيهَا السَّيِّدُ، جازت. وإن وَهَبَ لِسَيِّدِهِ، جاز؛ لِأَنَّ قَبُولَهُ الْهَبَةَ إِذْنٌ فِيهَا. وكذلك إن وَهَبَ لِابْنِ سَيِّدِهِ الصَّغِيرِ.

فصل: ولا يُحَابِي فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَزِيدُ فِي الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ، وَلَا يُعِيرُ دَابَّةً^(٣٢)، وَلَا يُهْدِي هَدِيَّةً. وأجاز ذلك أصحابُ الرَّأْيِ. وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ إِعَارَةِ دَابَّتِهِ، وَهَدِيَّةِ الْمَأْكُولِ، ودَعَاؤُهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ لِلْمَأْذُونِ لَهُ، وَلَا يَنْحَطُّ الْمُكَاتَّبُ عَنْ دَرَجَتِهِ. وَوَجْهُ الْأَوَّلِ، أَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ، فَلَمْ يَجُزْ، كَالْهَبَةِ، وَلَا يُوصِي بِمَالِهِ، وَلَا يُحْطُ عَنْ الْمُشْتَرَى شَيْئاً، وَلَا يُقْرَضُ، وَلَا يَضْمَنُ، وَلَا يَتَكَفَّلُ بِأَحَدٍ. وبه قال الشافعي، وأصحابُ الرَّأْيِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِمَالِهِ^(٣٣)، فَمُنِعَ مِنْهُ، كَالْهَبَةِ.

فصل: وليس له أَنْ يَحُجَّ إِنْ اِخْتِاجَ إِلَى إِتْفَاقِ مَالِهِ فِيهِ. وَتَقَلُّ الْمَيْمُونِيُّ، عَنْ أَحْمَدَ، لِلْمُكَاتَّبِ أَنْ يَحُجَّ مِنَ الْمَالِ الَّذِي جَمَعَهُ، إِذَا لَمْ يَأْتِ تَجَمُّعُهُ. وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ يَحُجُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، أَمَّا بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فلا يجوز؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَا يَتَّفِقُ مَالُهُ^(٣٤) فِيهِ، فَلَمْ يَجُزْ، كَالْعِنَقِ. فَأَمَّا إِنْ أَمَكَّنْهُ الْحُجَّ مِنْ غَيْرِ إِتْفَاقِ مَالِهِ، كَالَّذِي يَتَبَرَّعُ^(٣٥) لَهُ^(٣٦) إِنْسَانٌ

(٣١) سقط من: الأصل، ١.

(٣٢) في الأصل، ١: دابته.

(٣٣) سقط من: ب.

(٣٤) في ١، م: د مالا.

(٣٥) في م: د تبرع.

(٣٦) سقط من: م.

بإحجاجة ، أو يَخْدِمُ مَنْ يَتَّفِقُ عليه ، فيجوزُ إذا لم يَأْتِ نَجْمُهُ ؛ لأنَّ هذا يَجْرِي مَجْرَى تَرْكِه لِلْكَسْبِ ، وليس ذلك ممَّا يُمْنَعُ منه .

فصل : وليس للمُكاتبِ أَنْ يُكَاتِبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وهو ^(٣٧) قولُ الحسين ، والشافعي ؛ لأنَّ الْكِتَابَةَ نَوْعُ إِعْتَاقٍ ، فلم تُجْزَ مِنَ الْمُكَاتِبِ ، كَالْمُنْجَرِ ، ولأنَّه لَا يَمْلِكُ الْإِعْتَاقُ ، فلم يَمْلِكِ الْكِتَابَةُ ، كَالْمَأْذُونِ ^(٣٨) له فِي التَّجَارَةِ ^(٣٩) . واختارَ الْقَاضِي جَوَازَ الْكِتَابَةِ . وهو الَّذِي ^(٤٠) ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وهو قولُ مالكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ مُعَاوَضَةٍ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ / . وقال أبو بكر : ٢٢٦/١١ هو مَوْقُوفٌ - كَقَوْلِهِ فِي الْعِتْقِ الْمُنْجَرِ - فَإِنْ أِذِنَ فِيهَا ^(٤١) السَّيِّدُ ، صَحَّتْ . وقال الشافعي : فِيهَا قَوْلَانِ . وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا تَقَدَّمَ . فإذا كَاتَبَ عَبْدُهُ ، فَعَجَزَا جَمِيعًا ، صَارَا رَقِيقَيْنِ لِلْسَّيِّدِ . وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتِبُ الْأَوَّلَ ، ثُمَّ أَدَّى الثَّانِي ، فَوَلَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمُكَاتِبِهِ . وَإِنْ أَدَّى الْأَوَّلَ ، وَعَجَزَ الثَّانِي ، صَارَ رَقِيقًا لِلأَوَّلِ . وَإِنْ عَجَزَ الْأَوَّلَ ، وَأَدَّى الثَّانِي ، فَوَلَاءُ لِلْسَّيِّدِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ، عَتَقَ . قال أبو بكر : وَوَلَاءُ لِلْسَّيِّدِ . وهو قولُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَنْفَكُ عَنِ الْوَلَاءِ ، وَالْوَلَاءُ لَا يُوقَفُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يُوْرَثُ بِهِ ، فَهُوَ كَالنَّسَبِ ، وَلِأَنَّ الْوِلَاةَ لَا يَقِفُ ، كَذَلِكَ سَبَبُهُ . وقال الْقَاضِي : هو مَوْقُوفٌ ؛ إِنْ أَدَّى عَتَقَ ، وَالْوَلَاءُ لَهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْسَّيِّدِ . وهذا ^(٤٢) أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٤٣) . وَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ يَمْلِكُ لَهُ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْتَسِبَ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَى مَنْ لَمْ يَعْتِقْ فِي مِلْكِهِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ ، كَمَا لَمْ يَقِفِ النَّسَبُ وَالْمِيرَاثُ . فَلَيْسَ كَذَلِكَ ؛ فَإِنَّ النَّسَبَ يَقِفُ عَلَى بُلُوغِ الْعُلَامِ ، وَاتِّسَابِهِ إِذَا لَمْ تُلْحَقْهُ الْقَافَةُ بِأَحَدِ الْوَاطِنِينَ ، وَكَذَلِكَ الْمِيرَاثُ يُوقَفُ ، عَلَى أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَ النَّسَبِ

(٣٧) فِي ١ م ، : « وَهَذَا » .

(٣٨-٣٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ب .

(٣٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٠) فِي ب : « وَهُوَ » .

(٤١) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٣٢٦/٦ .

والجبرائيل ، وبين الولاء ، أنَّ الولاء^(١٦) يجوز أن يقع لشخص ، ثم يتنقل ، وهو ما يجزئه مولى^(١٧) الأب من مولى الأم ، فجاز أن يكون موقوفاً ، والنسب والجبرائيل بخلاف ذلك . فإن مات المعتق قبل عتيق المكاتب ، وقلنا : الولاء للسيد . ورثه . وإن قلنا : هو موقوف . فميراثه أيضاً موقوف .

فصل : وليس له أن يبيع نسيئة ، وإن باع السلعة بأضعاف قيمتها . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن فيه تعريفاً بالمالي ، وهو ممنوع من التفرير بالمالي ، لتعلق حق السيد به . قال القاضي : ويتخرج الجواز ، بناءً على المضارب^(١٨) أن له البيع نسيئة . في إحدى الروايتين ، فيخرج ههنا مثله . وسواء أخذ بالثمن ضميناً ، أو رهناً ، أو لم يأخذ ؛ لأن الغرر لم يزل ، فإن الرهن يَحْتَمِلُ أن يتلف ، ويَحْتَمِلُ أن يفلس الغريم والضمين ، ويَحْتَمِلُ أن يجوز مع الرهن أو الضمين ؛ لأن الوثيقة قد حصلت به ، والعوارض نادرة ، على خلاف الأصل . فإن باع بأكثر مما يساوي حالاً ، وجعل الزيادة مؤجلة ، جاز ؛ لأن الزيادة ربح . وإن اشترى نسيئة ، جاز ؛ لأنه لا غرر فيه . ولا يجوز أن يدفع به رهناً ؛ لأن الرهن أمانة ، وقد يتلف ، أو يجحد الغريم . وليس له أن يدفع ماله سلفاً ؛ لأنه في معنى البيع نسيئة . وله أن يستسلف في ذمته ؛ لأنه في معنى الشراء نسيئة . وليس له أن يقرض ؛ لأنه تبرع بالمالي ، وفيه خطر به . وله أن يقترض ؛ لأنه يتنفع بالمالي . وليس له أن يدفع ماله مضاربة ؛ لأنه يسلمه إلى غيره ، فيغرر به . وله أن يأخذ المال قراضاً ؛ لأنه من أنواع الكسب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله ، على ما ذكرنا .

فصل : وللمكاتب أن يبيع ويشتري . بإجماع من أهل العلم ؛ لأن عقد الكتابة لتحصيل العتيق ، ولا يحصل إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب ، فإنه قد جاء في بعض الآثار ، أن تسعة أعشار الرزق في التجارة^(١٩) . وله أن يأخذ ويعطي ، فيما فيه الصلاح لماله ، والتوفير عليه . وله

(١٢) في م نهادة : لا .

(١٣) في م : مولى .

(١٤) في م : المضارب .

(١٥) ذكره السيوطي ، في الجامع الكبير ٤٧١/١ .

أَنْ يَنْفَقَ مِمَّا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ عَلَى نَفْسِهِ ؛ فِي مَأْكَلِهِ ، وَمَشْرَبِهِ ، وَكِسْوَتِهِ ، بِالْمَعْرُوفِ مِمَّا لَا غِنَى^(٤٦) لَهُ عَنْهُ^(٤٧) ، وَعَلَى رَقِيقِهِ ، وَالْحَيَوَانِ الَّذِي لَهُ . وَلَهُ تَأْدِيبُ عِبِيدِهِ ، وَتُعْزِيرُهُمْ ، إِذَا فَعَلُوا مَا يَسْتَحِقُّونَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ مَلِكِهِ ، فَمَلَكُهُ ، كَالنَّفَقَةِ عَلَيْهِمْ . وَلَا يَمْلِكُ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَوْضِعُ وَلَايَةٍ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا . وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ ، وَالْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ شِرَاءٍ ، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي لِلشُّفْعَى سَيِّدَهُ ، فَلَهُ^(٤٨) أَخْذُهُ مِنْهُ^(٤٩) ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَائِبُ شِقْصًا لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَرِكَةٌ ، فَلَهُ / أَخْذُهُ مِنْ ٢٢٧/١١ الْمُكَائِبِ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي بَابِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالْأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ وَجَبَتْ لِلْسَيِّدِ عَلَى مُكَائِبِهِ شُفْعَةٌ ، فَادَّعَى الْمُكَائِبُ أَنَّ سَيِّدَهُ عَفَا عَنْهَا ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ . وَإِنْ أُنْكِرَهُ السَيِّدُ ، كَانَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ . وَإِنْ أَذِنَ السَيِّدُ لِلْمُكَائِبِ فِي الْبَيْعِ بِالمُحَابَاةِ ، صَحَّ مِنْهُ ، وَكَانَ لِسَيِّدِهِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ بِالمُحَابَاةِ ، مَعَ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِيهِ ، صَحِيحٌ . وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمُكَائِبِ بِالْبَيْعِ ، وَالشِّرَاءِ ، وَالْعَيْبِ ، وَالذَّنِّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِذَلِكَ ، وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا ، مَلَكَ^(٥٠) الْإِقْرَارَ بِهِ .

١٩٨٧ - مسألة : قال : (وَلَا يَبِيعُهُ سَيِّدُهُ دِرْهَمًا يَدْرَهُمَيْنِ)

وَحُجَّتُهُ أَنَّ الرَّبَّاءَ يَجْرِي بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ^(٥١) ، فَلَمْ يَجْزَ أَنْ يَبِيعَهُ دِرْهَمًا يَدْرَهُمَيْنِ ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَبِيعُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ فِي الْأَظْهَرِ مِنْ^(٥٢) قَوْلِهِ ، وَلَا رَبَّاءَ بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ ، وَلِهَذَا جَازَ أَنْ يُعْجَلَ لِسَيِّدِهِ ، وَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضُ كِتَابَتِهِ ، وَلَهُ وَطْءُ مُكَائِبَتِهِ إِذَا شَرَطَ ، وَلَوْ حَمَلَتْ مِنْهُ صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَيْدٌ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْجَرَفِيِّ : أَنَّ السَيِّدَ مَعَ مُكَائِبِهِ فِي بَابِ الْمُعَامَلَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ ؛ بِدَلِيلِ أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّفْعَةُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَا

(٤٦) ق م : غناء .

(٤٧) ق ا : عليه .

(٤٨) - (٤٩) ق ب : أَنْ يَأْخُذَ .

(٤٩) ق ب ، م : فله .

(٥٠) ق م : وبين سيده .

(٥١) ق الأصل : في .

يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ فِيمَا بِيَدِ^(٣) صَاحِبِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ لِسَيِّدِهِ حَقٌّ فِي مَا بِيَدِهِ ؛ لَكَوْنِهِ بِعَرَضِيَّةً أَنْ يَعِجَزَ^(٤) ، فَيَعُودَ إِلَيْهِ ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُ جَرَيَانَ الرِّبَا بَيْنَهُمَا ، كَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ . فَعَلِيَ هَذَا الْقَوْلُ ، لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا فِيمَا يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِيهِ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّينَ ، وَلَا النِّسَاءِ فِي مَا يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِيهِ بَيْنَ الْأَجَانِبِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ ذَيْنٌ ، مِثْلُ أَنْ كَانَ لِلْسَيِّدِ عَلَى الْمُكَاتِبِ ذَيْنٌ مِنَ الْكَتَابَةِ أَوْ مِنْ^(٥) غَيْرِهَا ، وَلِلْمُكَاتِبِ عَلَى سَيِّدِهِ ذَيْنٌ ، وَكَانَا تَقْدًا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، حَالَيْنِ ، أَوْ مُرَجَّلَيْنِ أَجَلًا وَاحِدًا ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا تَسَاقُطَا بَيْنَ الْأَجَانِبِ ، فَمَعَ السَيِّدِ وَمُكَاتِبِهِ / أَوْ لَى . وَإِنْ كَانَ تَقْدًا^(٦) مِنْ جِنْسَيْنِ ، كَذَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ ، فَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَوْ كَانَ لَهُ عَلَى سَيِّدِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ ، وَلِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ مِائَةُ دِينَارٍ ، فَجَعَلَهَا قِصَاصًا بَيْنَهُمَا ، جَازَ ، بِخِلَافِ الْحُرَّتَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ ذَيْنَ بِذَيْنَ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْذَيْنِ^(٧) . وَلَئِنْ لَا يَجُوزُ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّينَ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْنَ الْمُكَاتِبِ وَسَيِّدِهِ ، كَسَائِرِ الْمُحْرَمَاتِ ، وَفَارَقَ الْعَبْدَ الْقَنْ ؛ فَإِنَّهُ بَاقٍ فِي تَصَرُّفِ سَيِّدِهِ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنْ ذَلِكَ خَالِصٌ لِسَيِّدِهِ ، لَهُ أَخْذُهُ ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَا يَجُوزُ مَعَ التَّرَاضِي بِهِ . وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ^(٨) أَبِي مُوسَى : يَجُوزُ إِذَا تَرَاضِيَا بِذَلِكَ^(٩) ، وَتَبَايَعَا ، وَلَا يَثْبُتُ التَّقَاصُ^(١٠) قَبْلَ تَرَاضِيهِمَا بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ^(١١) عَرَضَيْنِ ، أَوْ عَرَضًا وَنَقْصًا ، لَمْ

(٣) فِي م : بِيَدِ .

(٤) فِي ب ، م : يَعْجِزُهُ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي ب ، م : تَقْدِيمِ .

(٧) انظر : تلخيص الحبير ٢٧/٣ . وانظر ما تقدم في نخرج حديث : نهي عن بيع الكاكي بالكاكي ، في :

١٠٦/٦ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩) فِي ب ، م : التَّقَابُضُ .

(١٠) فِي ب ، م : كَانَ .

تَجَزَّ الْمُقَاصَّةُ^(١١) فِيهِمَا بغيرِ تَرْضِييِهِمَا بِحَالٍ ، سَوَاءَ كَانَ الْغَرَضُ^(١٢) مِنْ جِنْسِي حَقِّهِ ، أَوْ غَيْرِ جِنْسِيهِ . وَإِنْ تَرْضَايَا بِذَلِكَ ، لَمْ يَجَزَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنَ بَدْنَيْنِ . وَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ حَقَّهُ ، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْآخَرِ عَوَضًا عَنْ مَالِهِ فِي ذِمَّتِهِ ، جَازٌ ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الثَّابِتُ فِي الدِّمَّةِ عَنْ سَلَمٍ ، فَإِنْ كَانَ^(١٣) ثَبَتَ عَنْ سَلَمٍ ، لَمْ يَجَزَّ أَخْذُ عَوَضِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَفِي الْجُمْلَةِ إِنْ حُكِمَ الْمُكَاتَبُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي هَذَا ، حُكْمُ الْأَجَانِبِ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٩٨٨ - مسألة : قال : (وَلَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَطَأَ مَكَاتِبَهُ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ)

الكلامُ في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في وطئها بغير شرط ، وهو حَرَامٌ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَزْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقِيلَ : لَهُ وَطُوءُهَا فِي الْوَقْتِ الَّذِي لَا يَشْتَغَلُهَا الْوَطْءُ عَنْ السَّعْيِ عَمَّا هِيَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكٌ يَمِينُهُ ، فَتَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ أَزَالَ مِلْكَ اسْتِخْدَامِهَا ، وَمِلْكَ عَوَضِي مَنْفَعَةٍ بَعْضُهَا فِيمَا إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ ، فَأَزَالَ حِلَّ وَطْئِهَا ، كَالْبَيْعِ ، وَالْآيَةُ مَخْصُوصَةٌ بِالْمَرْوَجَةِ ، فَتَقْيَسُ عَلَيْهَا مَحَلُّ التَّرَاجُعِ ، وَلِأَنَّ الْمِلْكَ هُنَا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ زَالَ عَنْ مَنَافِعِهَا جُمْلَةً ، وَلِهَذَا الْوُطْئُ بِشَبْهَةٍ ، كَانَ الْمَهْرُهَا ، وَتَفَارِقُ أُمُّ الْوَلَدِ ؛ فَإِنَّ مِلْكَهَ بَاقٍ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِمَوْتِهِ ، فَأَشْبَهَتْ الْمُدَبَّرَةَ وَالْمَوْصِيَّ بِهَا ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ الْعَقْدَ بِمَوْتِهِ اسْتِحْقَاقًا لَازِمًا ، لَا يُمَكِّنُ زَوَالَهُ .

الفصل الثاني : إِذَا اشْتَرَطَ وَطْأَهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ . وَقَالَ سَائِرُ مَنْ ذَكَرْنَا : لَيْسَ لَهُ وَطُوءُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا مَعَ إِطْلَاقِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْشَّرْطِ ، كَمَا لَوْ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « الْمُقَاصَّةُ » .

(١٢) فِي ب ، م : « الْقَرْضُ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(١) سُورَةُ الْمُؤْمِنُونَ ٦

زَوْجَهَا أَوْ أَعْتَقَهَا . وقال ^(٢) الشافعي : إذا شَرَطَ ذلك في عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فَاسِدًا ، فَافْسَدَ الْعَقْدَ ، كَالْوَشْرِطِ عَرَضًا فَاسِدًا . وقال مالك : لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخْلُ بِرُكْنِي الْعَقْدِ ، وَلَا شَرْطِهِ ، فَلَمْ يَفْسُدْ ^(٣) ، كَالصَّحِيحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » ^(٤) . وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، لِهَ شَرْطِ نَفْعِهَا ، فَصَحَّ ، كَشَرْطِ اسْتِخْدَامِهَا ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ مَنَعَهُ مِنْ وَطْئِهَا مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ، وَوُجُودِ الْمُفْتَضَى لِجَلِّ وَطْئِهَا ، إِنَّمَا كَانَ لِحَقِّهَا ، فَإِذَا اشْتَرَطَهُ ^(٥) عَلَيْهَا ، جَازَ ، كَالْخِدْمَةِ ، وَلِأَنَّهُ اسْتَنْتَى بَعْضَ مَا كَانَ لَهُ ، فَصَحَّ ، كَاشْتِرَاطِ الْخِدْمَةِ ، وَفَارَقَ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ مِلْكَهُ عَنْهَا .

فصل : فَإِنْ وَطِئَهَا مَعَ الشَّرْطِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَلَا تَعْزِيرَ ، وَلَا مَهْرَ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ يَمْلِكُهُ ، وَيُبَاحُ لَهُ ، فَأُشْبِهَ وَطْأَهَا قَبْلَ كِتَابَتِهَا . وَإِنْ وَطِئَهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَعَلَيْهِ التَّعْزِيرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مُحَرَّمًا ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، إِلَّا عَنْ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ؛ / فَإِنَّهُمَا قَالَا : عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَيْهَا عَقْدَ مُعَاوَضَةٍ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ ، فَأَوْجَبَ الْحَدَّ بِوَطْئِهَا ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، فَلَمْ يَجِبِ الْحَدُّ بِوَطْئِهَا ، كَأَمْتِهِ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَالْمَرْهُونَةِ ، وَتُخَالِفُ الْبَيْعَ ؛ فَإِنَّهُ يُزِيلُ الْمِلْكَ ، وَالْكِتَابَةُ لَا تُزِيلُهُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْمَكَائِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذَرْعُهُ » ^(٦) . وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا هَا ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفْعَتَهَا الْمَمْنُونُ مِنْ اسْتِيفَائِهَا ، فَكَانَ عَلَيْهِ عَوَضُهَا ، كَمَنَافِعِ بَذْنِهَا .

فصل : وَإِنْ أَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدُهَا ، سَوَاءً وَطِئَهَا بِشَرْطٍ أَوْ بِغَيْرِ شَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَلَهَا بِحُرِّ فِي مِلْكِهِ ، فَكَانَتْ أُمٌّ وَلَدِهِ ، كَغَيْرِ الْمُكَائِبَةِ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدَهُ مِنْ مَمْلُوكَتِهِ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُهُ لِذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ مِنْ وَطْئِهِ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِلشَّبَهَةِ ، فَأُشْبِهَ وَلَدَ

(٢) في الأصل زيادة : عقيل و .

(٣) في ١ ، ب ، م ، : يفسده .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ٣٠ / ٦ .

(٥) في م : شرطه .

(٦) تقدم ترجمته ، في : ١٢٤ / ٩ ، ١٢٥ .

(٧) سقط من : الأصل .

المعزور ، ولا تلزمه قيمته ؛ لأنها وضعت في ملكه .

فصل : وليس له وطء بنتها ؛ لأنها تابعة لأمتها مؤقوفة معها ، فلم يبيح وطؤها كأمتها ، ولا يباح ذلك بالشرط ؛ لأن حكم الكتابة يثبت^(٨) فيها تبعاً ، ولم يكن وطؤها مباحاً حال العقد بشرطه . فإن وطئها ، فلا حدّ عليه ؛^(٩) لأنها ملكه^(١٠) ، وبأنتم ، وتعرّز ؛ لأنه وطئ فرجاً محرماً ، ولها المهر^(١١) ، حكمه حكم نسبها ، يكون لأمتها تستعين به في كتابتها ؛ لأن ذلك سبب حرّيتها . وإن أخبلها ، صارت أم ولده ، والولد حر ؛ لأنه أخبلها بحر في ملكه ، ولمحقه نسبه ، ولا تجب عليه قيمتها ؛ لأن أمتها لا تملكها ، ولا قيمة ولدها ؛ لأنها وضعت في ملكه .

فصل : وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقاً ، فإن فعل إثم ، وعزّر ، ولا حدّ عليه ؛ لشبهة الملك ، لأنه يملك مالها ، وعليه مهرها لسيدها ، وولده منها حر ، ولمحقه نسبه ؛ لأن الحد سقط لشبهة الملك ، وتصير أم ولده ، وعليه قيمتها لسيدها ؛ لأنه أخرجه بوطئه عن ملكه ، فكان عليه قيمتها لسيدها^(١٢) ، / ولا تجب عليه قيمة الولد ؛ لأنها وضعت في ملكه . ويختل أن تلزمه قيمته ؛ لأنه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكاً لسيدها ، فأشبه ولده المعزور .

فصل : ولا يملك إيجاب مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج ؛ لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعتها ، ونفع بضعتها ، وعن عوضه . وليس لواحدة منهما التزويج^(١٣) بغير إذنه^(١٤) ؛ لأن عليه ضرر رافق ذلك ، فإنه يثبت للزوج حقاً فيها ، فربما عجزت ، وعادت إليه على وجه لا يملك وطأها . فإن تراضيا بذلك ، جاز ؛ لأن الحق لا يخرّج عنهما ، وهو

(٨) ق م : ثبت .

(٩-٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٠) ق م : مهر عليه .

(١١) ق ب ، م : لسيدته .

(١٢) ق الأصل ، ب : التزويج .

(١٣) ق ب ، م : إذن .

وَلَيْسَ هُوَ لِيْ بِبَتِّهَاوَ . اَيْتَهَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَهُ ، فَأَشْبَهَ الْجَارِيَةَ الْقَيْنَ ، وَالْمَهْرَ لِلْمُكَاتِبَةِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا^(١٤) فِي مَهْرِهِنَّ إِذَا وَطَّئَهُنَّ^(١٥) السَّيِّدُ .

١٩٨٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ وَطَّئَهَا ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ ، أَذَبَ ، وَلَمْ يَتَلَعَّ بِهِ حَدٌّ الزَّانِي ، وَكَانَ عَلَيْهِ مَهْرُ مِطْلَئِهَا)

وجملة الأمر أن السَّيِّدَ إِذَا وَطَّئَ مُكَاتِبَتَهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ عَالِمِينَ بِالتَّخْرِيمِ ، عَزَّرًا ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلِينَ ، عَزَّرًا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا وَالْآخَرُ جَاهِلًا ، عَزَّرَ الْعَالِمُ وَعَزَّرَ الْجَاهِلُ . وَلَا يَخْرُجُ بِالْوَطْءِ عَنِ الْكِتَابَةِ . وَقَالَ اللَّيْثُ : إِنْ طَاوَعَتْهُ ، فَقَدْ فُسِّحَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَتْ قَيْنًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَزِمُ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالْمُطَاوَعَةِ عَلَى الْوَطْءِ ، كَالْإِجَارَةِ ، وَالْبَيْعِ بَعْدَ لُزُومِهِ . فَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ لَهَا ، أَكْرَهَهَا أَوْ طَاوَعَتْهُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَمْسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ قَتَادَةُ : يَجِبُ إِذَا أَكْرَهَهَا ، وَلَا يَجِبُ إِذَا طَاوَعَتْهُ . وَنَقَلَ الْمَرْزُوبِيُّ عَنِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُطَاوَعَةَ بَذَلَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَصَارَتْ كَالزَّانِيَةِ . وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ وَجُوبُهُ فِي الْحَالَتَيْنِ . وَأَنْكَرَ أَصْحَابُهُ مَا نَقَلَهُ الْمَرْزُوبِيُّ ، وَقَالُوا : لَا يُعْرَفُ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ . وَلَنَا ، / أَنَّهُ عَرَضٌ مَتَنَفَعْتِهَا ، فَوَجِبَ لَهَا ، كِعَوَضٍ بِذَنْبِهَا ، وَلِأَنَّ الْمُكَاتِبَةَ فِي يَدِ نَفْسِهَا ، وَمَنَافِعُهَا لَهَا ، وَهَذَا الْوَطْءُ أَجْنَبِيٌّ ، كَانَ الْمَهْرُ لَهَا ، وَإِنَّمَا وَجِبَ فِي حَالِ الْمُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ سَقَطَ^(١٦) عَنْهُ لِشَبْهِهِ الْمَلِكِ ، فَوَجِبَ لَهَا الْمَهْرُ ، كَالْوَطْءِ أَمْرًا بِشَبْهِهِ عَقْدِ مُطَاوَعَةٍ . فَإِنْ تَكَرَّرَ وَطْئُهَا ، وَكَانَ قَدْ أَدَّى مَهْرَ الْوَطْءِ الْأَوَّلِ ، فَلِلثَّانِي مَهْرٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ قَطَعَ حُكْمَ الْوَطْءِ الْأَوَّلِ^(١٧) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَدَّى عَنِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَنِ الشَّبْهِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ إِلَّا^(١٨) مَهْرٌ وَاحِدٌ^(١٩) ، كَالْوَطْءِ فِي التَّكَاجِ الْفَاسِيْدِ .

(١٤) فِي ب : « ذَكَرْنَاهُ » .

(١٥) فِي م : « وَطَّئَهَا » .

(١٦) فِي م : « يَسْقُطُ » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَوَّلِ ، أ ، ب .

(١٨-١٩) فِي م : « مَهْرًا وَاحِدًا » .

فصل: وإذا وَجِبَ لها المَهْرُ ، فإن كان لم يُحْلَ عليها نَجْمٌ ، فلها المَطالبةُ به ^(٤) . وإن كان قد حُلَّ عليها ، فكان المَهْرُ من غير جنسِه ، فلها المَطالبةُ به ^(٥) أيضًا . وإن كان من جنسِه ، ثَقَاصًا ، وأَخَذَ ذُو الفَضْلِ فَضْلَه .

١٩٩٠ - مسألة : قال : (فَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، فَهِيَ مُحْصِرَةٌ بَيْنَ الْعَجْزِ وَتَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ ، وَبَيْنَ الْمُضْطَى عَلَى كِتَابَتِهَا . فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ ، وَإِنْ عَجَزَتْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ عَجْزِهَا عَتَقَتْ ، لِأَنَّهَا مِنْ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَيَسْقُطُ عَنْهَا مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ، وَمَا ^(٦) فِي يَدِهَا لِوَرَثَةِ سَيِّدِهَا)

وجملته أن السيِّد إذا استولذ مكاتبته ، فالولد حرٌّ ؛ لأنه من مملوكه ، ونسبه لأحق به ؛ لذلك ^(٧) ، ولا تجب قيمته ؛ لذلك ، وتصير أم ولد له ؛ لذلك ، ولا تبطل كتابتها ؛ لأنه عقد لازم من جهة سيِّدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق ، أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزُّهري ، ومالك ، والثوري ، والليث ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال الحَكَمُ : تبطل كتابتها ؛ لأنها سبب للعتق ^(٨) ، فتبطل بالاستيلاء ، كالنَّذِير . ولنا ، أنها ^(٩) عقد معاوضة ، فلا تبطل بالوطء كالبيع ، ولأنها سبب للعتق ، لا يملك السيِّد الرجوع عنه ، فلم تبطل بذلك ، كالتعليق بصفة ، وما ذكره ^(١٠) تبطل بالتعليق بالصفة ، وتُفارق / الكتابة التذبير من وجوه ؛ أحدها ، أن حكم التذبير والاستيلاء واحد ، وهو العتق عقيب الموت ، والاستيلاء أقوى ؛ لأنه يُعتبر من رأس المال ، ولا سبيل إلى إبطاله بحال ، فاستغنى به عن التذبير ، والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالأداء ، ويكون ما فضل من كتبها لها ، ويملكها منها فاعها وكتبها ، وتخرج عن

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) سقط من : ب .

(١) في الأصل بعد هذا : بقى .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : أنه .

(٥) في الأصل ، م : ذكره .

تَصَرَّفَ سَيِّدُهَا ، وَهَذَا لَا يَحْصُلُ بِالْأَسْتِيلَادِ ، فَيَجِبُ أَنْ تَبْقَى لِبَقَاءِ فَائِدَتِهَا . الثَّانِي ، أَنَّ الْكِتَابَةَ أَقْوَى مِنَ التَّذْيِيرِ ، لِلزُّورِ مِهَا ، وَكَوْنِهَا لَا تَبْطُلُ بِالرُّجُوعِ عَنْهَا ، وَلَا بِبَيْعِ الْمُكَائِبِ وَلَا بِهَبَتِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ التَّذْيِيرَ تَبَرُّعٌ ، وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لِإِمْ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهَا سَبَبَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْتَضِي الْحُرِّيَّةَ ، فَأَيُّهُمَا تَمَّ قَبْلَ صَاحِبِهِ ، ثَبَتَتْ الْحُرِّيَّةُ بِهِ ، كَالْوَأْتَرَدِ ؛ لِأَنَّ انْتِزَاعَ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ مَعَ كَوْنِهِ لَا يَنْفِيهِ ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهِ . فَإِنْ أَدَّتْ ، عَقَّقَتْ بِالْكِتَابَةِ ، وَمَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا فَهُوَ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَقَّ بِالْكِتَابَةِ لَهُ مَا فَضَّلَ مِنْ نُجُومِهِ ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَرُدَّتْ فِي الرُّقَى ، بَطُلَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، وَبَقِيَ لَهَا حُكْمُ الْأَسْتِيلَادِ مُتَفَرِّدًا ، كَمَا لَمْ تَكُنْ مُكَائِبَةً ، وَلَهُ وَطُوعُهَا ، وَتَرْوِيجُهَا ، وَإِجَارَتُهَا ، وَتَعْتِيقُ بَمَوْتِهِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوَرْتُهُ سَيِّدُهَا . وَإِذَا ^(٦) مَاتَ سَيِّدُهَا قَبْلَ عَجْزِهَا ، أَعْتَقَتْ ، لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَتَسْقُطُ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَصَلَتْ ، فَسَقَطَ الْعِوَضُ الْمَبْدُولُ فِي تَحْصِيلِهَا ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهَا سَيِّدُهَا بِالْعِتْقِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوَرْتُهُ سَيِّدُهَا . فِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَأَيُّ الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهَا عَقَّقَتْ بِحُكْمِ الْأَسْتِيلَادِ ^(٧) ، وَبَطُلَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَتْ غَيْرَ الْمُكَائِبَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمَجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي « كِتَابِهِ » : مَا فَضَّلَ فِي يَدِهَا لَهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِذَا وَقَعَ فِي الْكِتَابَةِ ، لَا يَبْطُلُ حُكْمُهَا ، كَالْإِبْرَاءِ مِنْ نُجُومِ الْكِتَابَةِ ، وَلَئِنْ مَلَكَهَا كَانَ ثَابِتًا عَلَى مَا فِي يَدِهَا ، وَلَمْ يَحْدَثْ إِلَّا مَا يُزِيلُ / حَقَّ سَيِّدُهَا عَنْهَا ، فَيَقْتَضِي زَوَالَ حَقِّهِ عَنْ مَا فِي يَدِهَا ، وَتَقْرِيرَ مِلْكِهَا ، وَخُلُوصَ لَهَا ، كَمَا اقْتَضَى ذَلِكَ فِي نَفْسِهَا . وَهَذَا أَصَحُّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ، عَقَّقَتْ ، وَسَقَطَتْ كِتَابَتُهَا ، وَمَا فِي يَدِهَا لَهَا . فِي قَوْلِ الْقَاضِي ^(٨) « وَمَنْ وَافَقَهُ » ، فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ وَمَنْ وَافَقَهُ ، فِقِيَاسُهُ أَنْ يَكُونَ لِسَيِّدِهَا ، كَمَا لَوْ عَقَّقَتْ بِالْأَسْتِيلَادِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَى قَوْلِهِمْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَعْتَقَهَا بِرِضَاهُ ، فَيَكُونُ رِضَى مَنْهٍ بِإِعْطَائِهَا مَا لَهَا ، بِخِلَافِ الْعِتْقِ بِالْأَسْتِيلَادِ ، فَإِنَّهُ حَصَلَ بِغَيْرِ رِضَى الْوَرْتَةِ وَخِتْيَارِهِمْ ، وَلَئِنْ لَوْ كَانَ مَالُ الْمُكَائِبِ يَصِيرُ لِلْسَّيِّدِ بِإِعْتَاقِهِ ، لَتَمَكَّنَ السَّيِّدُ مِنْ

(٦) ف ب : : وَإِنْ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : : اسْتِيلَاد .

(٨) (٨-٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَخَذَ مَالِ الْمَكَائِبِ مَتَى شَاءَ، فَمَتَى كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي أَخْذِ مَالِهِ، إِمَّا لِكَثْرَتِهِ وَفَضْلِهِ عَنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ، وَإِمَّا لَغَرَضٍ لَهُ فِي بَعْضِ أَعْيَانِ مَالِهِ، أَعْتَقَهُ وَأَخَذَ مَالَهُ، وَهَذَا ضَرَرٌ عَلَى الْمَكَائِبِ لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ، وَلَا يَنْقُضِيهِ عَقْدُ الْكِتَابَةِ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يُشْرَعَ .

فصل: وَإِنْ أَتَتْ بَوْلِيدٍ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا بَعْدَ اسْتِيلَادِهَا، فَلَهُ حُكْمُهَا فِي الْعِتْقِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّيِّبِينَ، أَثَمًا سَبَقَ عَتَقَ بِهِ، كَالْأُمِّ، سَوَاءً؛ لِأَنَّهُ تَابَعَ هَا، فَيُثْبِتُ لَهُ مَا يَثْبِتُ لَهَا . وَإِنْ مَاتَتْ الْمَكَائِبَةُ، بَقِيَ لِلْوَلَدِ سَبَبُ الْاسْتِيلَادِ وَحْدَهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وَلِيدِهَا، فَقَالَتْ: وَلَدْتُهِ بَعْدَ كِتَابَتِي، أَوْ بَعْدَ^(٩) وَلَادَتْنِي . وَقَالَ السَّيِّدُ: بِلِ قِيلَهُ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: الْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ بَيِّنَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ كَوْنُ الْأُمَةِ وَوَلِيدِهَا رَقِيقًا، لِسَيِّدِهِمَا^(١٠) التَّصَرُّفُ فِيهِمَا^(١١)، وَهِيَ تُدْعَى مَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ . وَإِنْ زَوَّجَ مَكَائِبَةً أَمَتَهُ، ثُمَّ بَاعَهَا مَنَّهُ، وَاخْتَلَفَا فِي وَلِيدِهَا، فَقَالَ السَّيِّدُ: هُوَ لِي؛ لِأَنَّهُا وَلَدَتْهُ قَبْلَ بَيْعِهَا لَكَ . وَقَالَ الْمَكَائِبُ: بِلِ بَعْدَهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَكَائِبِ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي مِلْكِهِ، وَبَدَأَ الْمَكَائِبُ عَلَيْهِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ /صَاحِبِ الْيَدِ مَعَ بَيِّنَةٍ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ، وَيُقَارَى وَلَدَ الْمَكَائِبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا تُدْعَى مِلْكُهُ .

فصل: إِذَا كَانَتِ الْأُمَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَكَاتَبَا، ثُمَّ وَطَّعَهَا أَحَدُهُمَا، أَدَبَ فَوْقَ أَدَبِ الْوَاطِي؛ لِمَكَائِبَتِهِ الْخَالِصَةِ لَهُ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ هُنَا حَرَمٌ مِنْ وَجْهَتَيْنِ؛ الشَّرِكَةُ، وَالْكِتَابَةُ، فَهُوَ آكَدُ، وَإِثْمُهُ أَعْظَمُ، وَأَذْبُهُ أَكْثَرُ، وَعَلَيْهِ هَا^(١٢) مَهْرٌ مِثْلُهَا، عَلَى مَا أَسْلَفْنَاهُ فِيمَا إِذَا كَانَ السَّيِّدُ وَاحِدًا . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَلٌّ نَجْمٌ، قَبِضَتْهُ^(١٣)، فَإِذَا حَلَّ نَجْمُهَا^(١٤)، سَلَّمَتْهُ إِلَيْهَا . وَإِنْ حَلَّ نَجْمُهَا^(١٥) وَهُوَ مِنْ جِنْسِي مَالِ الْكِتَابَةِ، وَكَانَ فِي يَدِهَا بِقَدَرِهِ، دَفَعَتْهُ إِلَى الَّذِي لَمْ يَطَّأَهَا، وَاحْتَسَبَتْ عَلَى الْوَاطِي بِالْمَهْرِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ، وَكَانَ بِقَدْرِ نَجْمِهَا أَوْ دُونَهُ، أَخَذَتْ مِنَ الْوَاطِي نِصْفَهُ، وَسَلَّمَتْهُ إِلَى الْآخَرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِي

(٩) ق ب : بعد .

(١٠) ق ا ، ب : لسيدها .

(١١) ق ب : فيها .

(١٢) سقط من م .

(١٣) ق م : قبضت المهر .

(١٤) ق م : نجمها .

مال الكِتَابَةِ ، فَاتَّفَقَا عَلَى أَخْذِهِ عَوَضًا عَنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَالْحَكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ كَانَ مِنْ جَنْسِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَتَّفَقَا ، قَبَضَتْهُ ^(١٥) وَدَفَعَتْ مَا ^(١٦) عَلَيْهَا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ مِنْ عَوَضِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ عَجَزَتْ ، فَفَسَخَا ^(١٧) الْكِتَابَةَ ، وَكَانَ فِي يَدِهَا بِقَدْرِ الْمَهْرِ ، أَخْذَهُ الَّذِي لَمْ يَطَأْ ، وَسَقَطَ ^(١٧) الْمَهْرُ مِنْ ذِمَّةِ الْوَاطِي ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ ، كَانَ لِلَّذِي لَمْ يَطَأْ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَاطِي بِنَصْفِهِ ، لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا . فَإِنْ حَبِلَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدًا ، وَعَلَيْهِ نَصْفُ قِيمَتِهَا لِشَرِيكِهِ ، مَعَ نَصْفِ الْمَهْرِ الْوَاجِبِ لَهَا ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا أَذَاهُ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ ^(١٨) . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، ذَكَرَ مِثْلَ ^(١٨) هَذَا فِي بَابِ الْعِنَقِ . فَعَلَى هَذَا ، تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِ الْوَاطِي ، وَمُكَاتِبَتُهُ لَهُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا ، وَتَكُونُ مُبْقَاةً عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ، ^(١٨) وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا بِمَا تُسَاوِي مُكَاتِبَتَهُ مُبْقَاةً عَلَى مَا بَقِيَ عَلَيْهَا ^(١٩) مِنْ كِتَابَتِهَا ^(٢٠) . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسِرْ إِلَّا خِيَالًا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِغْتِاقِ بِالْقَوْلِ ، يُعْتَبَرُ الْيَسَارُ فِي سِرَاتِهِ ، وَنُصِيبُ الْوَاطِي قَدْ تَبَيَّنَ لَهُ حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَحَكْمُ الْكِتَابَةِ ، وَنُصِيبُ شَرِيكِهِ لَمْ يَتَّبَثْ / ^(٢١) ظ ٢٣١/١١

لَهُ إِلَّا حَكْمُ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَذَتْ إِلَيْهَا ، عَتَقَتْ ، وَيَطْلُ حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَفَسَخَا الْكِتَابَةَ ، تَبَيَّنَ لِنَصْفِهَا حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَنَصْفُهَا قِنْ ، لَا يَقُومُ عَلَى الْوَارِثِ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعْتَقٍ . وَإِنْ مَاتَ الْوَاطِي قَبْلَ عَجَزِهَا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَسَقَطَ حَكْمُ الْكِتَابَةِ فِيهِ ، وَكَانَ الْبَاقِي مُكَاتِبًا . وَإِنْ كَانَ الْوَاطِي مُوسِرًا ، فَقَدْ تَبَيَّنَ لِنَصْفِهَا حَكْمُ الْاسْتِيلَادِ ، وَنَصْفُهَا الْآخَرُ مَوْقُوفٌ ، فَإِنْ أَذَتْ إِلَيْهَا ، عَتَقَتْ كُلُّهَا ، وَلَا يُؤْهِلُهَا ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، وَفَسَخَا ^(٢٢) الْكِتَابَةَ ، قَوْمَنَاهَا جِئْنِذًا عَلَى الْوَاطِي ، فَيَذْفَعُ إِلَى شَرِيكِهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ ، وَتَصِيرُ ^(٢٣) جَمِيعُهَا ^(٢٤) أُمًّا وَلَدًا ، فَإِنْ مَاتَ ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهَا لَهُ .

(١٥-١٥) في م : : ودفعته مما .

(١٦) في ا : : فسخت . ولب ، م : : فسحا .

(١٧) في ب : : ويسقط .

(١٨-١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : ب .

(٢٠) في ب : : فسخت .

(٢١) في ا : : وتصيرها . وفي الأصل ، ب : : ومصيرها .

(٢٢) في ا : : جميعا .

وهذا مذهب الشافعي . وله قول آخر ، أنها تقوم على المؤسّر ، وتبطل الكتابة في نصف الشريك ، وتصير جميعها أم ولد ، ونصفها مكائبا للواطئ ، فإن أدت نصيبه إليه ، عتقت ، وسرى إلى الباقي ؛ لأنه ملكه ، وعتق جميعها ، وإن عجزت ، ففسخ الكتابة ، كانت أم ولده خاصة ، فإذا مات ، عتقت كلها . ولنا ، أن بعضها أم ولد ، فكان جميعها كذلك ، كما لو كان الشريك مؤسرا ، يحقق هذا ، أن الولد حاصل من جميعها ، وهو كله من الواطئ ، ونسبه لأحق به ، فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ، ويفارق الإعتاق ، فإنه أضعف ، على ما بينا من قبل . ولنا ، على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم ، أنها ^(٢٣) عقد لازم ^(٢٤) ، فلا ^(٢٥) تبطل مع بقائها بفعل صدر منه ، كما لو استولدها وهي في ملكه ، أو كما ^(٢٥) لو لم تحبل منه ، فأما الولد ، فإنه حر ؛ لأنه من وطء فيه شبهة ، ونسبه لأحق به كذلك ، ولا يلزمه قيمته ؛ لأنها وضعت في ملكه . وروى / عن أحمد ، في هذا ٢٣٢/١١ وروايتان ؛ أحدهما ، لا تجب قيمته ؛ لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق ، وفي تلك الحال لم تكن له قيمة ، فلم يضمه . والثانية ، عليه نصف قيمته ؛ لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه ، فقد تلف رقه عليه ، فكان عليه نصف قيمته . قال القاضي : هذه الرواية أصح على المذهب . وذكر هاتين الروايتين أبو بكر ، واختار أنها إن وضعت بعد التقويم ، فلا شيء على الواطئ ، وإن وضعت قبل التقويم ، غرم نصف قيمته . فإن ادعى الواطئ الاستبراء ، وأنت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء ، لم يُلحق به ، ولم نصير أم ولد ، وكان حكم ولدها حكمها ، وإن أنت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء ، ألحق ^(٢٦) به ، كما لو كان قبل الاستبراء ؛ لأننا بينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء ، فلم يكن ذلك استبراء .

فصل : وإن وطئها جميعا ، فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها . فإن كانت

(٢٣-٢٤) في الأصل ، ١ ، ب : : غير لازمة .

(٢٤) في ١ : : ولا .

(٢٥) في ب ، م : : وكا .

(٢٦) في ب ، م : : لحق .

في الحائنين على صفة واحدة ، فهما سواء في الواجب عليهما ، وإن كانت بكرًا حين وطئها الأول ، فعليه مهر بكر ، وعلى الآخر مهر ثيب . فإن كان نكحها لم يحل ، فلها مطالبتهم بالمهرين ، وإن كان النكح قد حل ، وهو من جنس المهر ، نقاصًا ، على ما ذكرنا في المقاصة . فإن أدت إليهما ، عتقت ، وكان لها ^(٢٧) المطالبة بالمهرين . وإن عجزت عن نفسها ، وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين ، لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء ؛ لأنها قبضتُهما وهي مستحقة لذلك ، فإن كانا في يدها اقتسماهما ^(٢٨) ، وإن تلفا أو بعضهما ، فلا شيء لهما ^(٢٩) ؛ لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه . وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين ، وهما سواء ، / سقط عن كل واحد ما عليه ، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ، نقاصٌ منهما ^(٣٠) بقدر أقلهما ، ^(٣١) ويرجع من عليه أقلهما ^(٣٢) على الآخر ينصف الزيادة ، وإن قبضت ^(٣٣) من أحدهما دون الآخر ، رجع المقبوض منه على الآخر ينصف ما عليه ، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر ، رجع من قبض منه الأكثر على الآخر ينصف الزيادة التي أداها . وإن أفضاها أحدهما بوطئه ، فعليه لها ثلث قيمتها ؛ لأن الإفضاء في الحرية يوجب ثلث دينتها ، فوجب ^(٣٤) في الأمة ثلث قيمتها مع المهر ^(٣٥) . ويحتل أن يلزمه في الإفضاء قدر نقصها . وقال القاضي : تلزمه قيمتها . وهو مذهب الشافعي . والخلاف في ذلك فرغ على الواجب في إفضاء الحرية . وقد ذكرناه ^(٣٦) . فإن فسخت الكتابة ، رجع من لم يفضيها على الآخر ينصف قيمة الإفضاء ، على الخلاف الذي ذكرناه . فإن ادعى كل واحد منهما على الآخر ، أنه الذي أفضاها ، أو وطئها ، حلف كل واحد منهما ، وبرئ . وإن

(٢٧) في ب ، م : « لهما » .

(٢٨) في الأصل ، ا : « اقتسماها » .

(٢٩) في الأصل : « لها » .

(٣٠) في م : « منها » .

(٣١ - ٣٢) سقط من : م . نقل نظر .

(٣٢) في زيادة : « البعض » .

(٣٣) في م : « فوجب » .

(٣٤) في ب ، م زيادة : « فصل » .

(٣٥) تقدم في ١٢ / ١٧١ ، ١٧٢ .

تَكَلَّ أَحَدُهُمَا ، قُضِيَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْخِلَافُ فِي ذَلِكَ قَبْلَ عَجْزِهَا ، فَأَدَّعَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ أَدَّعَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى .

فصل : فَإِنْ أَوْلَدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَاتَّفَقَا عَلَى السَّابِقِ مِنْهُمَا ، فَعَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، تَصْيِيرُ أُمِّ وَلَدِهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ، لِأَحَقِّ النَّسَبِ بِهِ . وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ ، كَالْخِلَافِ فِيهِمَا إِذَا انْفَرَدَ بِإِيلَادِهَا ، سَوَاءً . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَعَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، قَدْ وَطِئْتُ أُمًّا وَلَدَ غَيْرِهِ بِشَبْهَةٍ^(٣٦) ، وَأَوْلَدَهَا ، فَلَا تَصْيِيرُ أُمِّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ غَيْرِهِ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ بَاعَهَا ثُمَّ أَوْلَدَهَا ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا^(٣٧) ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تَبْطُلْ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ، لِأَنَّهُ وَطِئَ شَبْهَةً ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ / قَوَتْ رَقَّةٌ عَلَيْهِ ، فَكَانَ مِنْ سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ رَقِيقًا ، حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ^(٣٨) ، فَتَلَزَمَتْ قِيمَتُهُ عَلَى هَذِهِ الصُّفَةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي رُجُوبِ نَصْفِ قِيمَةِ الأَوَّلِ خِلَافًا ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِرُجُوبِهَا ، تَقَاصًا^(٣٩) بِمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ^(٤٠) مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي تَسَاوَيَا فِيهِ ، وَيَرْجِعُ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ ، وَتُعْتَبَرُ الْقِيمَةُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَوَّلُ حَالٍ أُمَكَّنَ التَّقْوِيمُ فِيهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةَ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ تَامِسِيرَتَيْنِ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ الْمَهْرَ الْوَاجِبَ عَلَى الثَّانِي لِلأَوَّلِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَبْطُلُ بِالْإِسْتِيلَادِ ، وَمَهْرُ الْمُكَاتَبَةِ لَهَا ذَوْنُ سَيِّدِهَا ، وَلَئِنْ سَيِّدُهَا لَوْ وَطِئَهَا وَجَبَ^(٤١) عَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، فَلَا نَ لَا يَمْلِكُ الْمَهْرَ الْوَاجِبَ عَلَى غَيْرِهِ أَوَّلَى ، وَلَئِنْ عَوَّضَ نَفْعَهَا ، فَكَانَ لَهَا ، كَأَجْرَتِهَا . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ الأَوَّلُ مُوسِيرًا وَالثَّانِي مُعْسِرًا ، فَيَكُونُ كَالْحَالِ الَّذِي قَبْلَهُ ، سَوَاءً . قَالَ الْقَاضِي : إِلَّا أَنَّ وَلَدَهُ يَكُونُ مَمْلُوكًا ؛ لِإِعْسَارِهِ بِقِيمَتِهِ . وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَرِيقُ لِإِعْسَارِ وَالِدِهِ ، بِدَلِيلِ وَلَدِ الْمَغْرُورِ مِنْ أُمِّهِ ، وَالْوَالِطِ^(٤٢) بِشَبْهَةٍ^(٤٣) . وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِحُرِّيَةِ الْوَلَدِ^(٤٤) ، لَا يَحْتَلِفُ بِالإِعْسَارِ

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : شَبْهَةٌ .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : أُمُّهُ .

(٣٩-٣٩) فِي الْأَصْلِ ، ب : بِمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ . وَفِي أ : فَالوَاحِدُ .

(٤٠) ق : م : لَوْجِبَ .

(٤١) ق : م : وَالْوَطْءُ .

(٤٢) ق : أ ، ب : لِلشَّبْهَةِ .

(٤٣) ق : ب : فِي الأَوَّلِ .

واليسار، وإنما يُعتبر^(٤٤) اليسار في سرية العتق، وليس عتق هذا بطريق السرية، إنما هو لأجل الشبهة في الوطء، فلا وجه لاعتبار اليسار فيه، والصحيح أنه حر، ويجب قيمته في ذمة أبيه. الحال الثالث، أن يكونا مُعسرَيْن، فإنها تصير أم ولدهما^(٤٥) جميعاً، ينصفها أم ولده للأول، وينصفها^(٤٦) أم ولده^(٤٧) للثاني. قال: وعلى كل واحد منهما نصف مهرها الصحيح، وفي ولد كل واحد منهما وجهان؛ أحدهما، أن^(٤٨) يكون كله حراً، وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه. والثاني، ينصفه حر، وباقيه عبد لشريكه، إلا أن ينصف ولد/الأول عبد قن^{٢٣٣/١١}؛ لأنه تابع للنصف الباقي من الأم، وأما النصف الباقي من ولد الثاني، فحكمه حكم أمه؛ لأنه ولد منها بعد أن ثبت لينصفها حكم الاستيلاء للأول، فكان ينصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك. ولعل القاضي أراد ما إذا عجزت، وفسخت الكتابة، فأما إذا كانت باقية على الكتابة، فإن لها المهر كاملاً على كل واحد منهما، وإذا حكم برق ينصف ولدها، وجب أن يكون له حكمها^(٤٩) في الكتابة؛ لأن ولد المكاتبية يكون تابعاً لها. الحال الرابع، أن يكون الأول مُعسراً والثاني مُوسراً، فحكمه حكم الثالث، سواء، إلا أن ولد الثاني حر؛ لأن الحرية ثبتت لينصفه بفعل أبيه وهو مُوسر، فسرى إلى جميعه، وعليه نصف قيمته لشريكه، ولم تقوم عليه^(٥٠) الأم؛ لأن نصفها أم ولده للأول. ولو صح هذا، لوجب أن لا يقوم عليه نصف الولد؛ لأن حكمه حكم أمه في هذا، فإذا منع حكم الاستيلاء السرية في الأم، منعه فيما هو تابع لها. ومذهب الشافعي في هذه المسألة قريب مما ذكره القاضي.

فصل: وإن اختلفا في السابق منهما، فادعى كل واحد منهما أنه السابق، فعلى

(٤٤) في الأصل: «اعتبر».

(٤٥) في م: «لها».

(٤٦) (٤٦-٤٧) سقط من: أ، ب.

(٤٧) سقط من: الأصل. وفي ب: «أنه».

(٤٨) سقط من: م.

(٤٩) سقط من: ب.

قَوْلًا ، لها^(٥٠) المَهْرُ على كُلِّ واحدٍ منهما ، وكلُّ واحدٍ منهما يُقَرُّ لصاحبه ينصف قيمة الجارية ؛ لأنه يقول : ^(٥١) « صَارَتْ أُمُّ وَلَدِي ، بِإِحْبَالِي إِيَّاهَا ، وَوَجِبَ لِشَرِيكِي عَلَى نِصْفِ قِيمَتِهَا ، وَلِي عَلَيْهِ قِيمَةُ وَلَدِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَقُولُ ^(٥٢) : أَوْلَدْتُهَا بَعْدَ أَنْ صَارَتْ أُمُّ وَلَدِي . وَهَلْ يَكُونُ مُقَرَّرًا لِنِصْفِ قِيمَةِ وَلَدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا ، فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ اسْتَوَى مَا يَدْعِيهِ وَمَا يُقَرُّ بِهِ ، تَقَاصًا ، وَتَسَاقُطًا ^(٥٣) ، وَلَا يَمِينُ ^(٥٤) لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٥٥) عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَقُولُ : لِي عَلَيْكَ مِثْلُ مَا لَكَ عَلَيَّ . وَالْجِنْسُ وَاحِدٌ ، فَتَسَاقُطًا ، وَإِنْ زَادَ مَا يُقَرُّ بِهِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ خَصَصَهُ بِكَذُّبِهِ فِي إِقْرَارِهِ . وَإِنْ زَادَ مَا يَدْعِيهِ ، فَلَهُ الْيَمِينُ عَلَى صَاحِبِهِ فِي الزِّيَادَةِ ، وَيُثْبِتُ / ^(٥٦) لِلْأَمَةِ حُكْمُ ^(٥٧) الْعَتَقِ فِي نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَوْتِهِ ؛ ^(٥٨) ٢٣٤/١١ لِإِقْرَارِهِ بِذَلِكَ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَى شَرِيكِهِ فِي إِعْتِاقِ نَصِيبِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِي الْأَمَةِ قَوْلَانُ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ ^(٥٩) يُفْرَغُ بَيْنَهُمَا ، فَتَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لِمَنْ تَقَعُ الْقُرْعَةُ لَهُ . وَالثَّانِي ، تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لِحُمَا ، وَلَا يَطَوُّهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا . قَالَ : وَبِالْأَوَّلِ أَقُولُ . وَأَمَّا الْقَاضِي فَاخْتَارَ أَنََّّهُمَا إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي الْمَهْرَ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَيُقَرُّ لَهُ نِصْفُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ عِنْدَهُمْ لِسَيِّدَاهُ وَنَحْوِهَا ، وَلَا يَغْنَقُ شَيْءٌ مِنْهَا بِمَوْتِ الْأَوَّلِ ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْآخِرِ ، وَإِذَا ^(٦٠) مَاتَ الْآخِرُ ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهَا قَدِمَاتُ يَقِينَا . وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ ^(٦١) بِأَنْ نِصْفَهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، وَيُصَدَّقُ الْآخِرُ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِيلَا لَا يَسْرِي مَعَ الْإِعْسَارِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ لصاحبه ينصف المهر ، وَالْآخِرُ يُصَدَّقُ ، فَيَتَقَاصَانِ إِنْ تَسَاوَيَا ، وَإِنْ فَضَّلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي الْفَضْلَ ، تَحَالَفَا وَسَقَطَ ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ لِلْآخِرِ بِالْفَضْلِ ،

(٥٠) في ب : و أن .

(٥١-٥٢) سقط من الأصل . نقل نظر .

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣-٥٤) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٥٤-٥٥) في الأصل : و للأُم .

(٥٥) سقط من : م .

(٥٦) في م : و ؛ وأما إذا .

(٥٧) في م : م مقرر .

سَقَطَ ؛ لِتَكْذِيبِ الْمُقَرَّرِ لَهُ بِهِ . وَفِي الْوَلَدِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ حُرًّا ، فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعَى عَلَى ^(٥٨) الْآخَرِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ . وَالْوَجْهَ الثَّانِي ، نِصْفُهُ حُرٌّ ، فَيُفَرِّقُ بَأَنِّ نِصْفِ الْوَلَدِ مَمْلُوكًا لِشَرِيكِهِ ، فَيَكُونُ الْوَلَدَانِ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَتَقَاصَّنَ إِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَةُ الْوَلَدَيْنِ ، وَلَا يَمِينُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَأَيُّهُمَا مَاتَ ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ يُقَرُّ لِلْمُعْسِرِ بِنِصْفِ ^(٥٩) « قِيَمَةِ الْأُمَةِ » ، وَنِصْفِ مَهْرٍ مِثْلِهَا ^(٦٠) ، وَيَدْعَى عَلَيْهِ جَمِيعَ الْمَهْرِ ، وَقِيَمَةِ الْوَلَدِ ، وَالْمُعْسِرُ يُقَرُّ لِلْمُوسِرِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَنِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، فَيَسْقُطُ إِقْرَارُ الْمُوسِرِ لِلْمُعْسِرِ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لَكُونِهِ لَا يَدْعِيهِ ، وَلَا يَصْدَقُهُ فِيهِ ، وَيَتَقَاصَّنَ بِالْمَهْرِ ؛ لِأَسْتِثْنَائِهِمَا فِيهِ ، وَيُدْفَعُ الْمُعْسِرُ إِلَى الْمُوسِرِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِهِ ، وَيُخْلَفُ عَلَى مَا يَدْعِيهِ عَلَيْهِ مِنَ الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ جَمِيعَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، فَأَقَرَّ لَهُ بِنِصْفِهَا ، وَيُخْلَفُ لَهُ الْمُوسِرُ عَلَى نِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْمُعْسِرُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْجَارِيَةُ ، فَإِنَّ نَصِيبَ الْمُوسِرِ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ بَيْنَهُمَا فِيهِ ، وَبِاقِيَّهَا يَتَنَازَعَانِهِ ؛ فَإِنْ مَاتَ الْمُوسِرُ أَوَّلًا ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَوَلَاؤُهُ لَوَرَثَتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ الْمُعْسِرُ ، عَتَقَ بِاقِيَّهَا ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْسِرُ أَوَّلًا ، لَمْ يَغْتَقِ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَإِذَا مَاتَ الْمُوسِرُ ، عَتَقَ جَمِيعُهَا . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا فِي النِّصْفِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ .

فصل : فَإِنْ وَطَّأَهَا مَعًا ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ لَا يُمَكِّنَ أَنْ يَكُونَ ^(٦١) مِنْ وَاحِدٍ ^(٦٢) مِنْهُمَا ، مِثْلُ أَنْ تَأْتِيَ بِهِ بَعْدَ اسْتِبْرَائِهَا مِنْهُمَا ، أَوْ بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ وَطَّأَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَوْ قَبْلَ مُضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ وَطَّأَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّ الْوَلَدَ مَنفِيُّ عَنْهُمَا ، وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِحُمَا ، حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ فِي الْعِتْقِ بِأَدَائِهَا . وَإِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْاسْتِبْرَاءَ ، قَبْلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْاسْتِبْرَاءِ فِي الْأُمَةِ كَالْعَلَانِ فِي الْحُرَّةِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِنْ أَحَدِهِمَا بَعِيْنُهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيهَا إِذَا وَلَدَتْ مِنْ

(٥٨) فِي الْأَصْلِ : عَلَيْهِ .

(٥٩-٥٩) ق ب م : وَ الْمَهْرُ وَ نِصْفُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَ نِصْفُ مَهْرِهَا .

(٦٠-٦٠) ق فِي الْأَصْلِ : مِنْ أَحَدٍ . وَ فِي ب : الْوَلَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ .

أَحَدُهُمَا بَعْتُهُ ؛ مِنْ وَجُوبِ الْمَهْرِ لَهَا ، وَبِقِيَمَةِ نِصْفِهَا لِشَرِيكِهِ ، مَعَ الْخِلَافِ فِي ذَلِكَ .
وَأَمَّا الَّذِي لَمْ تَحْبِلْ مِنْ وَطْئِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ ^(٦١) هُوَ الثَّانِي ،
فَقَدْ وَطِئَ أُمُّ وَلَدٍ غَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ بَاقِيَةً ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا أَيْضًا ، وَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ
قَدْ فُسِّحَتْ ، فَالْمَهْرُ لِلَّذِي اسْتَوْلَدَهَا ، وَقَدْ وَجَبَ لِلثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ نِصْفُ قِيَمَتِهَا . وَفِي
^(٦٢) قِيَمَةِ نِصْفِ الْوَلَدِ رَوَايَتَانِ . فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ لِلأَوَّلِ ، نَقَاصًا / بِقَدَرِ أَقْلِ الْحَقِيقِي ، ٢٣٥/١١ و
وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ لَهَا ، رَجَعَ بِحَقِّهِ عَلَى الَّذِي أَحْبَلَهَا . وَأَمَّا الْقَاضِي ، فَقَالَ فِي هَذَا الْقِسْمِ :
الْحُكْمُ فِي الْأَوَّلِ ، كَالْحُكْمِ فِيهِ إِذَا انْفَرَدَ بِالْوَطْءِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ التَّفْصِيلِ وَالتَّطْوِيلِ .
وَأَمَّا الثَّانِي ، فَإِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ وَلَا ذَاتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بِكَوْنِهَا أُمُّ
وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ، فَعَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا ، فَإِنْ كَانَ فَسَّخَ الْكِتَابَةَ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لِعَجْزِهَا ، فَالْمَهْرُ لَهُ ؛
لَأَنَّهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَفْسَخْ ، فَالْمَهْرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ زَوَالِ الْكِتَابَةِ
فِي حَقِّهِ ، وَقَبْلَ الْحُكْمِ بِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ ، سَقَطَ عَنْهُ نِصْفُ مَهْرِهَا ؛ لِأَنَّهُ نِصْفُهَا قَبْلَ لَهُ ،
وَعَلَيْهِ النِّصْفُ لَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَوَّلُ فَسَّخَ الْكِتَابَةَ ، أَوْ لَهُ إِنْ كَانَ فَسَّخَ . وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ
مُغْسِرًا ، فَتَنْصِيْبُهُ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَلَهَا عَلَيْهِمَا الْمَهْرَانِ . وَالْحُكْمُ فِيهَا إِذَا عَجَزَتْ أَوْ أَذَتْ ،
قَدْ تَقَدَّمَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنَ الثَّانِي ، فَالْحُكْمُ فِي وَطْءِ الْأَوَّلِ ، كَالْحُكْمِ فِيهِ إِذَا وَطِئَ
مُنْفَرِدًا فَلَمْ يَحْبِلْهَا . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، قَوِّمَ عَلَيْهِ نِصِيبُ شَرِيكِهِ عِنْدَ الْعَجْزِ ؛
فَإِنْ فَسَّخَا الْكِتَابَةَ ، قَوِّمْنَا هَاهُنَا عَلَيْهِ ، وَصَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَإِنْ رَضِيَ الثَّانِي بِالْمَقَامِ عَلَى
الْكِتَابَةِ ، قَوِّمْنَا عَلَيْهِ نِصِيبَ الْأَوَّلِ ، وَصَارَتْ كُلُّهُمَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَنِصْفُهَا مُكَاتَّبٌ ،
وَيَرْجِعُ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، وَنِصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ . عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .
وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ ، فَيَتَقَاصَّانِ بِهِ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا عَلَيْهِمَا . وَإِنْ كَانَ
الثَّانِي مُغْسِرًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِ ^(٦٣) كَمَا لَوْ وَلَسَدَتْ مِنَ الْأَوَّلِ وَكَانَ مُغْسِرًا ، لَا فَضْلَ بَيْنَ
الْمَسْأَلَتَيْنِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، إِنْ ^(٦٤) أَمَكَّنَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُرَى
الْقَافَةُ مَعَهُمَا ، فَيُلْحَقُ بِمَنْ الْحَقُّوهُ بِهِ مِنْهُمَا ، فَمَنْ الْحَقُّ بِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ عُرِفَ أَنَّهُ
مِنْهُ بِغَيْرِ قَافَةٍ .

(٦١) سقط من : الأصل .

(٦٢-٦٣) في ب : نصف قيمة .

(٦٣) سقط من : أ ، ب ، م .

١٩٩١ - مسألة ، قال : (وَإِذَا كَاتِبٌ بَصَفَ / غَيْدَ ، فَأَدَّى مَا كُتِبَ عَلَيْهِ ، وَمِثْلُهُ لِسَيِّدِهِ ، صَارَ بَصْفُهُ ^(١) خُرًا بِالْكِتَابَةِ ، إِنْ كَانَ الَّذِي كَاتَبَهُ مُغْسِرًا ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ، وَصَارَ بَصْفُ قِيَمَتِهِ عَلَى الَّذِي كَاتَبَهُ لِشَرِيكِهِ)

وجملته أن الرجل إذا كان له نصف غيد ، كانت له مكاتبته ، ونصح منه ، سواء كان باقيه خرا أو مملوكا لغيره ، وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن . هذا ظاهر كلام الخريفي ، وأبي بكر ، وقول الحكم ، وابن أبي ليلى . وحكى ذلك عن الحسن البصري ، والحسن بن صالح ، ومالك ، والعتبري . وكره الثوري ، وحماذ ، كتابته بغير إذن شريكه . وقال الثوري : إن فعل ردذته ، إلا أن يكون نقده ، فيضمن لشريكه نصف ما في يده . وقال أبو حنيفة : نصح بإذن الشريك ، ولا نصح بغير إذن . وهذا أخذ قول الشافعي . إلا أن أبا حنيفة قال : إذنه ^(٢) فيما مضى في ذلك ، يقتضي الإذن في تأدية مالي الكتابة من جميع كسبه ، ولا يرجع الإذن بشيء منه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يكون جميعه مكاتبا . وقال الشافعي ، في أحد قولي : إن كان باقيه خرا ، صححت كتابته ، وإن كان باقيه ملكا ، لم يصح كتابته ، سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن ، لأن كتابته تقتضي إطلاقه في ^(٣) الكسب والمصارفة ، وملك نصفه يمنع ذلك ، ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات ؛ لئلا يصير كسبا له ^(٤) ، ويستحق سيده نصفه ، ولأنه إذا أدى عتق جميعه ، فيؤدي إلى أن يؤدي نصف كتابته ، ويعتق جميعه . ولنا ، أنه عقد معاوضة على نصيبه ^(٥) ، فصح كتيبه ، ولأنه ملك له يصح بيعه وهبته ، فصحت كتابته ، كالمالك جميعه ، ولأنه يتفقد إعتاقه ، فصحت كتابته ، كالعبد الكامل ، وكألو كان باقيه خرا عند الشافعي ، أو أذن فيه الشريك عند الباقر . وقولهم : / إنه يقتضي المصارفة ، والكسب ، وأخذ الصدقة . قلنا : أما المصارفة فليست من مقتضيات الأصلية ، فوجود مانع منها لا

و ٢٣٦/١١

(١) سقط من : ب ، م .

(٢-٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) في ب ، م ، زيادة : د ه .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) في ب ، م ، : نصفه ه .

يَمْنَعُ أَصْلَ الْعَقْدِ ، وَأَمَّا الْكَسْبُ وَأَخَذُ الصَّدَقَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ ^(٦) كَسْبُهُ وَأَخْذُهُ
 الصَّدَقَةُ بِجُزْئِهِ الْمُكَاتِبِ ^(٧) ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الشَّرِيكَ شَيْئًا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ ذَلِكَ
 بِالْجُزْءِ الْمُكَاتِبِ ، وَلَا حَقَّ لِلشَّرِيكِ فِيهِ ، فَكَذَلِكَ فِيْمَا حَصَلَ بِهِ ، كَالْوَرِثَةِ شَيْئًا بِجُزْئِهِ
 الْحَرِّ . وَأَمَّا الْكَسْبُ ، فَإِنْ هَاتَيْاهُ مَالِكُ نَصْفِهِ ، فَكَسَبَ فِي ثَوْبَتِهِ شَيْئًا ، لَمْ يُشَارِكْ فِيهِ
 أَيْضًا ، وَإِنْ لَمْ يُهَيِّئْهُ ، فَكَسَبَ بِجُمْلَتِهِ شَيْئًا ، كَانَ بَيْنَهُمَا لَهُ بَقْدَرٌ مَا فِيهِ مِنَ الْجُزْءِ
 الْمُكَاتِبِ ، وَلِسَيِّدِهِ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَهُ بِجُزْئِهِ الْمَمْلُوكِ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَالُو كَسَبَ قَبْلَ
 كِتَابَتِهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَ سَيِّدِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُقْضَى إِلَى أَنْ يُؤَدَّى بَعْضَ الْكِتَابَةِ ، فَيَمْتَنِعُ
 جَمِيعُهُ . قُلْنَا : يَبْطُلُ هَذَا بِمَا لَوْ عَلَّقَ عَتَقَ نَصِيبَهُ عَلَى أَدَاءِ مَالٍ ، فَإِنَّهُ يُؤَدَّى عَوَضَ ^(٨)
 الْبَعْضِ ، وَيَعْتَقُ الْجَمِيعُ . عَلَى أَنَّنَا نَقُولُ : لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ جَمِيعُ
 الْكِتَابَةِ هُوَ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ مَالِكُ نَصْفِهِ ^(٩) ، وَلَمْ يَبْقَ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى
 جَمِيعُهَا ، وَلَئِنْ لَا يَعْتَقُ الْجَمِيعُ بِالْأَدَاءِ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقُ الْجُزْءُ الْمُكَاتِبِ لِأَغَرٍ ، وَبَاقِيهِ إِنْ كَانَ
 الْمُكَاتِبُ مُعْسِرًا ، لَمْ يَعْتَقُ بِأَقِيهِ ^(١٠) ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ، عَتَقَ بِالسَّرَايَةِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَلَا
 يَمْتَنِعُ ^(١١) هَذَا ، كَالْوَأْتَقِ بَعْضَهُ عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَإِذَا جَازَ عَتَقَ ^(١٢) جَمِيعُهُ بِإِعْتِاقِ بَعْضِهِ
 بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ ، جَازَ ذَلِكَ فِيْمَا يَجْرِي مَجْرَى الْعَتَقِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا كَاتَبَ نَصِيبَهُ ، لَمْ
 تُسَرِّ الْكِتَابَةُ ، وَلَمْ يَتَّعَدْ الْجُزْءُ الَّذِي كَاتَبَهُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يُسَرِّ ، كَالْبَيْعِ ،
 وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُؤَدَّى إِلَى مُكَاتَبَتِهِ شَيْئًا حَتَّى يُؤَدَّى إِلَى شَرِيكِهِ مِثْلَهُ ، سَوَاءً أَذِنَ الشَّرِيكَ فِي
 كِتَابَتِهِ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ ^(١٣) ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَذِنَ فِي كِتَابَةِ نَصِيبِهِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ بَاقِيًا
 لَهُ ، وَلَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفًا / فِي الْكِتَابَةِ . هَذَا إِذَا كَانَ الْكَسْبُ بِجَمِيعِهِ ، فَإِنْ أَدَّى
 الْكِتَابَةَ مِنْ جَمِيعِ كَسْبِهِ ، لَمْ يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ تَقْتَضِي الْعَتَقَ بِبَرَاءَتِهِ مِنْ

(٦) ق ب ، م : « يَمْنَعُ » .

(٧) ق ب ، م : « بِالْمُكَاتِبَةِ » .

(٨) سقط من : ب .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : م .

(١١) ق ب ، م : « يَمْنَعُ » .

(١٢) ق ب زيادة : « وَلَهُ » .

العوضي ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له . وإن أدى إليهما جميعاً ، عتق كله ؛ لأن نصفه يعتق بالأداء ، فإذا عتق^(١٣) ، سرى إلى سائرِهِ ، وإن كان الذي كاتبه مؤميراً ؛ لأن عتقه بسبب من جهته ، فلزمته قيمته ، كالمو باشره بالعتق ،^(١٤) أو كالمو علق عتق نصيبه على صفة ، فعتق بها ، ويرجع الشريك على المكاتب ينصف قيمته ، كالمو باشره بالعتق^(١٥) . فأما إن ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب ، مثل أن هاتاه سيده ، فكسب شيئاً ثوبته ، أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره ، فلا حق لسيده فيه ، وله أداء جميعه في كتابته ؛ لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الكتابة ، فأشبه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك حقه . ولو كان ثلثه حرّاً ، وثلثه مكاتباً ، وثلثه رقيقاً ، فورث بجزئه الحر ميراثاً ، وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب ، فله دفع ذلك كله في كتابته ؛ لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه ، فلا يستحق مالاً منه شيئاً . وإذا أدى جميع كتابته ، عتق ، فإن^(١٦) كان الذي كاتبه مؤميراً ، لم يسر العتق ، ولم يتعد نصيبه ، كما إذا واجهه بالعتق ، إلا على الرواية التي نقول فيها بالاستعناء ، فإنه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب ، وإن كان مؤميراً ، سرى إلى باقيه .

فصل : وإذا كان العبد كله ملكاً للرجل ، فكاتب بعضه ، جاز . قاله أبو بكر ؛ لأنها معاوضة ، فصحت في بعضه ، كالبيع ، فإذا أدى جميع كتابته ، عتق كله ؛ لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره ، فإلى ملكه أولى ، ويجب أن يؤدي إلى سيده مثل كتابته ؛ لأن نصف ما يكتسبه / يستحقه سيده بما فيه من الرق ، ونصفه يؤدي في الكتابة^(١٧) ، إلا أن يرضى^(١٨) سيده بتأديته^(١٩) الجميع في الكتابة ، فيصح ، فإذا استوفى المال كله ، عتق نصفه بالكتابة ، وباقيه بالسراية .

و ٢٣٧/١١

(١٣) في الأصل ، ب : « أعتق » .

(١٤-١٥) سقط من : ب . نقل نظر . وفي الأصل : « ولو علق » . إلخ .

(١٥) ل م : « فإذا » .

(١٦) في الأصل : « كتابة » .

(١٧) في الأصل : « يتردى » .

(١٨) في ١ ، ب ، م : « بتأدية » .

فصل : وإذا كان العبد لِرَجُلَيْنِ ، فكأثباه معاً ، جاز^(١٩) ، سواء^(٢٠) تساوى في العوضي أو اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما^(٢١) فيه أو اختلف ، وسواء كان في عقد واحد أو عقدين . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في المِلْك ، ولا^(٢٢) التساوي في المال مع^(٢٣) التفاضل في المِلْك ؛ لأن ذلك يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر ، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ، ثم عجز ، رجع عليه الآخر بذلك . ولنا ، أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة ، فجاز أن يختلفا في العوض ، كالبيع^(٢٤) . وما ذكروه لا يلزم ؛ لأن النفع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز ، وليس ذلك من مقتضيات العقد ، وإنما يكون عند زواله ، فلا يضر ، ولأنه إنما يؤدي إليهما على التساوي ، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر المِلْكَيْن ، فلم يكن أحدهما منتفعاً إلا بما يقابل ملكه ، وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق ، كأنه لم يزل . فإن قيل : فالتساوي في المِلْك يقتضي التساوي في أدائه إليهما ، ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر ، فيعتق نصيبه ، ويسرى إلى نصيب صاحبه ، ويرجع عليه الآخر ينصف قيمته . قلنا : يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة ، فيعتق عليهما ، ويمكن أن يكتب أحدهما على مائة ، في نجمين ، في كل نجم خمسون^(٢٥) ، ويكتب الآخر على مائتين ، في نجمين ، في النجم^(٢٦) الأول خمسون . وفي الثاني مائة وخمسون^(٢٧) ، ويكون وقتها واحداً^(٢٨) ، فيؤدي إلى كل واحد منهما حقه ، على أن أصحابنا قالوا : لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر مادام / مكاتباً . فعلى هذا القول ، لا^(٢٩) ٢٣٧/١١ يُفرض إلى ما ذكروه ، على أنه وإن قدر إفضاؤه إليه ، فلا مانع فيه من صحة الكتابة ، فإنه لا

(١٩) سقط من : ب .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) في ب : نصيبهما .

(٢٢) في م : ولأن .

(٢٣) في م : منع .

(٢٤) في الأصل : في البيع .

(٢٥) - (٢٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٧) سقط من : ١ ، ب .

يُجْلُ بِمَقْصُودِ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ الْعِثْقُ بِهَا . وَبِمَكْنُ وَجُودِ سِرَايَةِ الْعِثْقِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، بَأْنُ
يُكَاتِبُهُ عَلَى مِثْلَى قِيَمَتِهِ ، فَإِذَا عِثِقَ عَلَيْهِ ، غَرِمَ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَسَلَّمْ لَهُ بَاقِي الْمَالِ ،
وَحَصَلَ لَهُ وَلَاءُ الْعَبْدِ ، وَلَا ضَرَرَ فِي هَذَا . ثُمَّ لَوْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ ، لَكُنْ قَدْ رَضِيَ بِهِ ^(٢٧) حِينَ
كِتَابَتِهِ عَلَى أَقْلٍ مِمَّا كَاتِبُهُ بِهِ شَرِيكُهُ ، وَالضَّرَرُ الْمَرْضِيُّ بِهِ ^(٢٧) مِنْ جِهَةِ الْمَضْرُورِ لَا عِبْرَةَ
بِهِ ، كَالْوِ بَاشَرِهِ ^(٢٨) بِالْعِثْقِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ يَعْثِقُ عَلَيْهِ ، وَيَسْرِى عِثْقُهُ ،
وَيَغْرُمُ لِشَرِيكِهِ ، وَهُوَ جَائِزٌ ، فَهَذَا أَوَّلَى بِالْجَوَازِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْتَلِفَا فِي التَّنْجِيمِ ، وَلَا فِي أَنْ
يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا فِي التَّجْعُومِ قَبْلَ التَّجْمِ الْأَخِيرِ أَكْثَرُ مِنَ الْآخَرِ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى السَّوَاءِ ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا بِالْأَدَاءِ عَلَى الْآخَرِ ،
وَإِخْتِلَافُهُمَا فِي مِيقَاتِ التَّجْعُومِ ، وَقَدَرِ الْمُؤَدَّى فِيهِمَا ، يُفَضِّلُ إِلَى ذَلِكَ . وَالثَّانِي ؛ يَجُوزُ ؛
لَأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُعْجَلَ لِمَنْ تَأَخَّرَ تَجْمُهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَيُعْطَى مَنْ قَلَّ تَجْمُهُ أَكْثَرُ مِنَ الْوَاجِبِ
لَهُ ، وَبِمَكْنُ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ أَحَدُهُمَا فِي الدَّفْعِ إِلَى الْآخَرِ قَبْلَهُ ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ ، وَبِمَكْنُ أَنْ يُنْظَرَهُ مَنْ
حَلَّ تَجْمُهُ ، أَوْ يَرْضَى مَنْ لَهُ الْكَثِيرُ بِأَخْذِ دُونَ حَقِّهِ ، وَإِذَا أُمْكِنَ إِفْضَاءَ الْعَقْدِ إِلَى
مَقْصُودِهِ ، فَلَا تُبْطِلُهُ بِإِحْتِمَالِ عَدَمِ الْإِفْضَاءِ إِلَيْهِ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْمُكَاتِبِ أَنْ يُؤَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا أَكْثَرُ مِنَ الْآخَرِ ، وَلَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى
الْآخَرِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُمَا
سَوَاءُ فِيهِ ، فَيَسْتَوِيَانِ فِي كَسْبِهِ ، وَحَقُّهُمَا مُتَعَلِّقٌ بِمَا فِي يَدِهِ تَعَلُّقًا وَاحِدًا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ
يَخْصُ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ مِنْهُ دُونَ الْآخَرِ ، وَلَأَنَّهُ رُبَّمَا عَجَزَ ، فَيَعُودُ إِلَى الرَّقِّ ، وَيَتَسَاوَيَانِ فِي
كَسْبِهِ ، فَيَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْفَضْلِ بَعْدَ انْتِفَاعِهِ بِهِ مُدَّةً . فَإِنْ قَبِضَ
أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ شَيْئًا ، لَمْ يَصِحَّ الْقَبْضُ ، وَلِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ ^(٢٩) حِصَّتَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَذِنَ
فِي الْقَبْضِ ، وَإِنْ أَذِنَ فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ ؛ أَحَدُهُمَا ؛ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ
لِحَقِّهِ ، فَجَازَ بِأَذْنِهِ ، كَالْوِ بَازِنِهِ الْمُزْتَهِنِ لِلرَّاهِي فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ ، أَوْ أَذِنَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي
فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ ^(٣٠) قَبْلَ ثَوْبِيَّةِ تَمَنِّهِ ، أَوْ أَذِنَا لِلْمُكَاتِبِ فِي التَّبَرُّعِ ، وَلَأَنَّهُمَا لَوْ أَذِنَا لَهُ فِي

٢٣٨/١١

(٢٧) - (٢٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٨) في الأصل : بَاشَرٌ .

(٢٩) أ ب ، م : م : من .

(٣٠) أ ب ، م : م : البيع .

الصَّدَقَةُ بِشَيْءٍ ، صَحَّ قَبْضُ الْمُتَصَدِّقِ عَلَيْهِ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ . وَهَذَا
 اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَهَذَا أَيْ حَنِيفَةٌ ، وَأَحْذَرْتُ الشَّافِعِيَّ ، وَاخْتِيَارَ الْمُزَنِيَّ ؛ لِأَنَّ مَا فِي
 يَدِ الْمَكَايِبِ مِلْكٌ لَهُ ، فَلَا يَتَعَدَّى إِذْنُ غَيْرِهِ فِيهِ ، وَإِنَّمَا حَقُّ سَيِّدِهِ فِي ذِمَّتِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، إِنْ
 شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ ، فَإِذَا اتَّفَقُوا عَلَى شَيْءٍ ، فَلَا وَجْهَ لِلْمَنْعِ .
 وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مِلْكٌ لِلْمَكَايِبِ . تَعْلِيلٌ عَلَى الْعِلَّةِ ضِدِّ مَا تَقْتَضِيهِ ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ مِلْكًا لَهُ يَقْتَضِي
 جَوَازَ نَصْرِفِهِ فِيهِ ، عَلَى حَسَبِ اخْتِيَارِهِ ، وَإِنَّمَا الْمَنْعُ لِقَبْلِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِ ، فَإِذَا أُذِنَ ، زَالَ
 الْمَانِعُ ، فَصَحَّ التَّقْبِضُ ، لَوْجُودِ مُقْتَضِيهِ ، وَخُلُوهُ مِنَ الْمَانِعِ ، ثُمَّ يَبْتَطِلُ بِمَا ^(٣١) ذَكَرْنَاهُ ^(٣٢)
 مِنَ الْمَسَائِلِ . فَعَلِيَ هَذَا الْوَجْهِ ، إِذَا دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا مَالُ الْكِتَابَةِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ، عَتَقَ نَصِيْبُهُ
 مِنَ الْمَكَايِبِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَبَسَّرَى الْعَتَقَ إِلَى بَاقِيهِ ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ؛
 لِأَنَّ عَتَقَهُ بِسَبَبِهِ . هَذَا قَوْلُ الْحَرَقِيِّ . وَبَضَمْنُهُ فِي الْحَالِ يَنْصِفُ قِيَمَتَهُ مَكَايِبًا ، مُبْقَى ^(٣٣) عَلَى
 مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَوَلَاؤُهُ كُلَّهُ لَهُ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ لِلَّذِي ^(٣٤) لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ بِقَدَرِ مَا
 قَبِضَهُ صَاحِبُهُ ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ الَّذِي عَتَقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ نَصْفَهُ عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ،
 وَنَصْفَهُ بِالسَّرَايَةِ ، فَحِصَّةُ مَا عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ لِلْعَبْدِ ، وَحِصَّةُ مَا عَتَقَ / بِالسَّرَايَةِ لِسَيِّدِهِ . وَعَلَى ٢٣٨/١١ ظ
 مَا اخْتَرْنَاهُ ، يَكُونُ الْبَاقِي كُلُّهُ لِلْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ كَانَ مِلْكًا لَهُ ، فَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ
 بَعْتُهُ ، كَالْوَعْتِ بِالْأَدَاءِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي : لَا يَسْرِي الْعَتَقُ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا
 يَسْرِي عِنْدَ عَجْزِهِ . فَعَلِيَ قَوْلُهُمَا ، يَكُونُ بَاقِيًا عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَّى إِلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ
 عَلَيْهِمَا ، وَوَلَاؤُهُ لهُمَا ، وَمَاتَبَقَى ^(٣٥) فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ^(٣٦) ، وَفُسِيحَتْ
 كِتَابَتُهُ ، قَوْمٌ عَلَى الَّذِي أَدَّى إِلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ جَمِيعِهِ لَهُ ، وَتَنْفِيسُ الْكِتَابَةِ فِي نَصْفِهِ . وَإِنْ
 مَاتَ ، فَقَدْ مَاتَ وَنَصْفُهُ حُرٌّ ، وَنَصْفُهُ رَقِيقٌ ، وَلِسَيِّدِهِ الَّذِي لَمْ يُعْتَقِ نَصِيْبَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِمَّا
 خَلَفَهُ مِثْلَ مَا أَخَذَهُ شَرِيكُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَهُ نَصْفُ مَا بَقِيَ ^(٣٧) ، وَالبَاقِي لَوَرِثَةِ الْعَبْدِ ،

(٣١) فِي ب ، م : هَذَا .

(٣٢) فِي أ ، ب ، م : ذَكَرْنَاهُ .

(٣٣) فِي ب : يَبْقَى .

(٣٤) فِي أ ، ب ، م : الَّذِي .

(٣٥) فِي ب ، م : بَقِيَ .

(٣٦) فِي الْأَسْل : عَجَزَ .

فإن لم يكن له وراث من نسبه ، فهو للذي أدى إليه بالولاء . وإن قلنا : لا يصح القبض . فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ، ولا تعتق حصته من المكاتب ؛ لأنه لم يستوف عرضه ، ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه ، كما لو قبض^(٣٧) بغير إذنه ، سواء . وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه ، حتى أدى المكاتب إليه كتابته ، صح ، وعتق عليهما جميعا . وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه ، فقد مات عبدا ، ويستوفى الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ^(٣٨) صاحبه ، والباقي بينهما . قال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في عبد بين رجلين كاتبه ، فأدى إلى أحدهما كتابته ، ثم مات وهو يسعى للآخر ، لمن ميراثه ؟ قال أحمد : كل ما كسب العبد في كتابته ، فهو بينهما ، ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ^(٣٩) ، وميراثه بينهما . قال ابن منصور : قال إسحاق بن راهويه كما قال .

و ٢٣٩/١١

فصل : وإن عجز / مكاتبيهما ، فلهما الفسخ والإمضاء ؛ فإن فسحا جميعا ، أو أمضيا الكتابة ، جاز ما اتفقا عليه ، وإن فسح أحدهما ، وأمضى الآخر ، جاز ، وعاد نصفه رقيقا قنا ، ونصفه مكاتبا . وقال القاضي : تنفسخ الكتابة في جميعه . وهو مذهب^(٤٠) مالك ، و^(٤١) الشافعي ؛ لأن الكتابة لو بقيت في نصفه ، لعاد نصف^(٤٢) الذي فسح الكتابة إليه ناقصا . ولنا ، أنها كتابة في ملك أحدهما ، فلم تنفسخ بفسخ الآخر ، كما لو انفرد بكتابته ، ولأنهما عقدان منفردان^(٤٣) ، فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر ، كالبيع ، وما حصل من النقص لا يمنع ؛ لأنه إنما حصل ضمنا لتصرف الشريك في نصيبه ، فلم يمنع ، كاعتاق الشريك ، ولأن من أصلنا أنه تصح مكاتبة أحدهما نصيبه ،

(٣٧) ق ب ، م : قبضه .

(٣٨) ق ب ، م : أخذه .

(٣٩) ق ١ : أخذه .

(٤٠-٤١) سقط من ١ ، ب ، م .

(٤١) ق ١ ، ب ، م : ملك .

(٤٢) ق ب ، م : مفردان .

فإذا لم يُمنع العقد في ابتدائه ، فلأن لا^(٤٣) يطل في دَوَامِهِ أُولَى ، ولأن^(٤٤) ضرره حصل بعقده وفسخه ، فلا يزال^(٤٥) بفسخ عقد^(٤٦) غيره ، ولأن في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده ، وليس دفع الضرر عن الشريك الذي^(٤٧) فسح ، بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسح ، بل دفع الضرر عن الذي^(٤٨) لم يفسح أولى ، لوجوه ثلاثة ؛ أحدها ، أن ضرر الذي فسح حصل ضمناً ، لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه ، وضرر شريكه بزوال^(٤٩) عقده ، وفسخ تصرفه في ملكه . والثاني ، أن ضرر الذي فسح لم يغيره الشرع في موضع ، ولا أصل لما ذكره من الحكم ، ولا يعرف له نظير ، فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة ، التي وقع الإجماع على أطرافها ، وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود ؛ من بيعه ، وهبته ، ورهنه ، وغير ذلك ، فيكون أولى . الثالث ، أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب ، فيكون ضرراً باثنين ، وضرر الفاسخ لا يتعداه ، ثم لو قدر تساوى الضررين ، لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه ، ولا يجوز إحداه الفسخ من ٢٣٩/١١ ظ غير دليل راجح .

١٩٩٢ - مسألة : قال : (وَإِذَا عَتَقَ^(١) الْمُكَاتِبُ ، اسْتَقْبَلَ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ حَوْلًا ، ثُمَّ رَكَاهُ ، إِنْ كَانَ نَصَابًا^(٢))

وجملته أن المكاتب لا زكاة عليه . بلا خلاف تعلمه . فإذا عتق ، صار من أهل الزكاة حينئذ ، فيبتدئ حول الزكاة من يوم عتق ، فإذا تم الحول ، وجبت الزكاة إن كان نصاباً ، وإن لم يكن نصاباً ، فلا شيء فيه ، ويصير هذا كالكاfer إذا أسلم ، وفي يده مال زكوي يبلغ نصاباً ، فإنه يستقبل به حولاً من حين أسلم ؛ لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة ، وكذلك

(٤٣) سقط من : م .

(٤٤) في ب : وليس .

(٤٥) في ب ، م : يزول .

(٤٦-٤٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١) في الأصل : عتق .

(٢) في الأصل ، ا ، ب : منصبا .

العبد إذا عتق وفي يده مال أبواه له سيده .

١٩٩٣ - مسألة : قال : (وَإِذَا لَمْ يُؤْذَنْ جَمَاعَتِي حَلَّ نَجْمٍ آخَرُ ، عَجَزَةُ السَّيِّدِ
إِنْ أَحَبَّ ، وَعَادَ عَبْدًا غَيْرَ مُكَاتِبٍ)

وجملته أن الكتابة عقد لازم ، لا يملك السيد فسحها قبل عجز المكاتب . بغير
خلاف تعلمه . وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم ؛ لأنه إنما ثبت في العقد
مؤجلاً ، وإذا حل النجم ، فللسيد مطالبة بما حل من نجومه ؛ لأنه دين له حل ، فأشبهه
دينه على الأجنبي ، وله الصبر عليه ، وتأخير به ، سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً
عنه ؛ لأنه حق له سمح بتأخير به ، أشبه دينه على الأجنبي . فإن اختار الصبر عليه ، لم
يملك العبد الفسخ . بغير خلاف تعلمه . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من
أهل العلم ، على أن المكاتب إذا حل عليه نجم ، أو نجمان ، أو نجومه كلها ، فوقف
السيد عن مطالبة ، وتركه بحاله^(١) ، أن الكتابة لا تفسخ ، مادام ثابتين على العقد
الأول ، فإن أجله به ، ثم بدا له الرجوع ، فله ذلك ؛ لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل ،
كالقرض . وإن حل عليه نجمان ، فعجز عنهما ، فاختار السيد فسح كتابته ، ورده
إلى الرق ، فله ذلك ، بغير حضور حاكم ولا سلطان ، ولا تلزمه الاستنابة . فعل ذلك ابن
عمر . وهو قول شريح ، والشحيمي ، وأبي حنيفة ، والشافعي . وقال ابن أبي ليلى : لا يكون
عجزه إلا عند قاض . وحكي نحوه هذا^(٢) عن مالك . وقال الحسن : إذا عجز استثنى^(٣)
بعد العجز سنتين . وقال الأوزاعي : شهرين ، ونحو ذلك . ولنا ، ما روى سعيد ،
بإسناده عن ابن عمر ، أنه كاتب غلامه على ألف دينار ، فأدى إليه تسعمائة دينار ،
وعجزه عن مائة دينار ، فردّه إلى الرق^(٤) . وبإسناده عن عطية العوفي ، عن ابن عمر ،
أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً ، فأدى عشرة آلاف ، فقال : إني قد طفت
البراق والحجار ، فردّني في الرق . فردّه . وروى عنه ، أنه كاتب عبداً له على ثلاثين

٢٤٠/١١

(١) في ب ، م ، د بحال .

(٢) في ب : ذلك .

(٣) في الأصل : استوى . وفي أ : استوى .

(٤) في أ ، ب : في .

(٥) تقدم تحريجه ، في صفحة ٤٥٣ .

أَلْفَا ، فقال له : أنا عاجزٌ . فقال له : ائْضُ كِتَابَتَكَ . فقال : ائْضُ أَلْتِ^(٦) . وَرَوَى
 سَعِيدٌ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَطَبَ ،
 فَقَالَ : « أَيْمًا رَجُلٌ كَاتِبٌ غَلَامَةٌ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ عَشْرِ أُوقٍ ، فَهُوَ
 رَقِيقٌ »^(٧) . وَلَأَنَّهُ عَقْدَ عَجَزَ عَنْ عَوْضِهِ ، فَلَمَّا كُتِبَ مُسْتَحَقُّهُ فَسَخَهُ ، كَالسَّلَامِ إِذَا تَعَذَّرَ
 الْمُسْلِمُ فِيهِ ، وَلَأَنَّهُ فَسَخَ عَقْدَ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْتَقِرْ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَفَسَخِ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ
 الْعَبْدِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ لَازِمَةً مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، غَيْرَ لَازِمَةٍ مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ ؟
 قُلْنَا : بَلَى^(٨) . هِيَ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ^(٩) الطَّرَفَيْنِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ^(١٠) فَسْخَاحًا لَهَا ، وَإِلْمَالَهُ أَنْ
 يُعْجَزَ نَفْسَهُ ، وَيَمْتَنِعَ مِنَ الْكَسْبِ ، وَإِلْمَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لَوْجُهُينِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ
 تَنْتَضِمُنْ إِعْتِقَاقًا بِصِفَةٍ ، وَمَنْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِصِفَةٍ ، لَمْ يَمْلِكْ إِبْطَالَهَا ، وَيَلْزَمُ وَقُوعُ الْعِتْقِ
 بِالْصِفَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْعَبْدُ الْإِتْيَانُ بِالْصِفَةِ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا . الثَّانِي ، أَنَّ الْكِتَابَةَ لِحَظِّ الْعَبْدِ
 دُونَ سَيِّدِهِ ، فَكَانَ الْعَقْدُ^(١١) لَازِمًا لِمَنْ أَلْزَمَ نَفْسَهُ حَظَّ غَيْرِهِ ، وَصَاحِبُ الْحَظِّ بِالْخِيَارِ
 فِيهِ ، كَمَنْ / ضَمِنَ لْغَيْرِهِ شَيْئًا ، أَوْ كَفَّلَ لَهُ ، أَوْ رَهَنَ عِنْدَهُ رَهْنًا .

١١/٢٤٠ ط

فصل : فَأَمَّا إِنْ حُلَّ نَجْمٌ وَاحِدٌ ، فَعَجَزَ عَنْ أَدَائِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَيْسَ
 لِلْسَّيِّدِ الْفَسْخُ ، حَتَّى يَجْلُ نَجْمَانِ قَبْلَ أَذَائِهِمَا . وَهِيَ إِخْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ
 الْقَاضِي : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَهُوَ قَوْلُ
 الْحَكَمِ ، وَابْنِ أَبِي تَيْلَى ، وَأَبِي يَوْسَفَ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَرَوَى
 عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَعُودُ رَقِيقًا حَتَّى يَقُولَ : قَدْ عَجَزْتُ . وَقِيلَ عَنْهُ : إِذَا أَدَّى أَكْثَرَ مَالِ
 الْكِتَابَةِ ، لَمْ يَرْدْ إِلَى الرِّقِّ ، وَأُتْبِعَ بِمَا بَقِيَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنْ نَجْمٍ وَاحِدٍ ،
 فَلَيْسَ يَدْخُلُ فِي فُسْخِ الْكِتَابَةِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ

(٦) وَأُخْرِجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عَجَزِ الْمَكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكَبْرَى ١٠/٣٤١ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي :
 بَابِ عَجَزِ الْمَكَاتِبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . الْمَصْنَفِ ٨/٤٠٧ ، ٤٠٨ .

(٧) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ١٢٥/٩

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

دَخَلَ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ مَالُ الْكِتَابَةِ عَلَى الرَّجُلِ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، وَبَدَعَ إِلَيْهِ الْمَالُ فِي نُجُومِهِ ،
فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمَ لَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ عَثَقُهُ ، وَلَمَّا ذَكَّرْنَا فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، وَلَأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ
النَّجْمِ فِي وَقْتِهِ ، فَجَازَ فَنَسَخَ كِتَابَتَهُ ، كَالنَّجْمِ الْأَخِيرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا يُرَدُّ الْمُكَاتَبُ فِي الرُّقَى ، حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ ^(١٢) . وَلَأَنَّ مَا بَيْنَ
النَّجْمَيْنِ مَحَلٌّ لِأَدَاءِ الْأَوَّلِ ، فَلَا ^(١٣) يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ عَنْهُ حَتَّى يَفُوتَ مَحَلَّهُ بِحُلُولِ الثَّانِي .

فصل : وَإِذَا حَلَّ النَّجْمُ ، وَمَالُهُ حَاضِرٌ عِنْدَهُ ، طَوَّلَ بِأَدَائِهِ ، وَلَمْ يَجْزِ الْفَسْخُ قَبْلَ
الطَّلَبِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ فَنَسَخُ الْبَيْعِ وَالسَّلَامِ بِمَجْرَدِ وُجُوبِ الدَّفْعِ قَبْلَ الطَّلَبِ . فَإِنْ طُلِبَ
مِنْهُ ، فَلَذَكَرَ أَنَّهُ غَائِبٌ عَنِ الْمَجْلِسِ ، فِي نَاحِيَةٍ مِنْ تَوَاحِي الْبَلَدِ ، أَوْ قَرِيبٌ مِنْهُ عَلَى مَسَافَةٍ لَا
تُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ ، يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ قَرِيبًا ، لَمْ يَجْزِ فَنَسَخُ الْكِتَابَةِ ، وَأُمْهَلُ بِقَدَرِ مَا يَأْتِي بِهِ ،
إِذَا طُلِبَ الْإِمْهَالُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يُسَيِّرُ ، لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ
الْكِتَابَةِ ، فَطُلِبَ الْإِمْهَالُ ؛ لِتَبْيِيعِهِ بِجِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أُمْهَلُ . وَإِنْ كَانَ الْمَالُ غَايِبًا أَكْثَرَ
مِنْ / مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، لَمْ يَلْزَمْ الْإِمْهَالُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ لَهُ
مَالٌ حَاضِرٌ ، أَوْ غَائِبٌ يَرْجُو قُدُومَهُ ، اسْتَوْثِنِي ^(١٤) يَوْمَيْنِ وَثَلَاثَةً ، لَا أَزِيدُهُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ
الثَّلَاثَةَ آخِرُ حَدِّ الْقِلَّةِ وَالْقُرْبِ ، لِمَا بَيَّنَّاهُ فِيهِمَا مَضَى ، وَمَازَادَ عَلَيْهِمَا فِي حَدِّ الْكَثْرَةِ . وَهَذَا كُلُّهُ
قَرِيبٌ بَعْضُهُ مِنْ بَعْضٍ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ ، وَاجِدًا لِمَا يُؤَدِّيهِ ، فَامْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ ،
وَقَالَ ^(١٥) : قَدْ عَجَزْتُ ^(١٦) . فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ :
يَمْلِكُ السَّيِّدُ فَنَسَخَ الْكِتَابَةِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْحَرَقَمِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ : وَإِذَا حَلَّ نَجْمٌ ، فَلَمْ يُؤَدِّهِ
حَتَّى حَلَّ نَجْمٌ آخَرُ ، عَجَزَهُ السَّيِّدُ إِنْ أَحَبَّ . فَعَلَّقَ جَوَازَ الْفَسْخِ عَلَى عَدَمِ الْأَدَاءِ .
وَهَذَا ^(١٧) مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ جَعْفَرٍ : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ

٢٤١/١١

(١٢) أخرجه ابن حزم ، في : كتاب الكتابة . المجلد ١٠ / ٢٩٢ .

(١٣) في الأصل : فلم .

(١٤) في الأصل : استوفى .

(١٥) في الأصل : قال . وفي ١ : أو قال .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في ب : وهو .

العوضي . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والأوزاعي . وقد ذكرنا هذا فيما تقدم . فأما إن كان قادراً على أداء المال كله ، ففيه رواية أخرى ، أنه يصير حراً بملك ما يؤدى . وقد سبق ذكرها .

فصل : وإذا حلَّ التَّجْمُ والمكاتبُ غائبٍ بغير إذن سيده ، فله الفسخ . وإن كان سافر بإذنه ، لم يكن له أن يفسخ ؛ لأنه إذن في السفر المانع من الأداء ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم ، ^(١٨) ويثبت عنده حُلُولُ مَالِ الْكِتَابَةِ ، ليكتب الحاكم إلى المكاتب ، فيعلم بما ثبت عنده ، فإن كان عاجزاً عن أداء المال ، كتب بذلك إلى الحاكم ^(١٩) الكاتب ، ليَجْعَلَ للسيد فسخ الكتابة . وإن كان قادراً على الأداء ، طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ، ليؤدى مَالُ الْكِتَابَةِ ، أو يوكل مَنْ يَفْعَلُ ذلك ، فإن فعله في أول حال الإمكان ، عند خروج القافلة ، إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها ، لم يجز الفسخ ، وإن أخره عن حال الإمكان ، ومضى زمن المسير ^(٢٠) ، ثبت للسيد خيار الفسخ . فإن ^(٢١) وكل السيد في بلد المكاتب مَنْ يَقْبِضُ منه مَالُ الْكِتَابَةِ ، لزمه الدفع إليه ، فإن امتنع من الدفع ، ثبت للسيد خيار الفسخ ^(٢٢) . وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه ، جاز ، وله الفسخ إذا ثبت وكالته بيّنة ، بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد وكالته . ^(٢٣) وإن لم يثبت ذلك ، لم يلزم المكاتب الدفع إليه ، وكان له عذر يمنع جواز الفسخ ؛ لأنه لا يأمن أن يسلم إليه ، فينكر السيد وكالته ، ويرجع على المكاتب بالمال ، وسواء صدقه في أنه وكيل أو كذبه . وإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد ، إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ، ليقبض منه المال ، لم يلزمه ذلك ؛ لأن هذا يوكل لا يلزم الحاكم الدخول فيه ، فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد ، فإن اختار القبض ، جرى مجرى الوكيل ، ومتى قبض منه المال ، عتق .

فصل ^(٢٤) : وإذا دفعَ العوضُ في الكتابة ، فبان مستحقاً ، تبين أنه لم يمتنع ، وكان هذا

(١٨-١٩) سقط من : أ ، ب . نقل نظر .

(١٩) ف ب : د السير .

(٢٠-٢١) سقط من : الأصل ، أ ، ب . نقل نظر .

(٢١) في الأصل ، م ، ن : د قال .

الدَّفْعُ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَدَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ لَهُ : إِنْ أَذْنَبْتَ الْآنَ ، وَإِلَّا فَسِيحَتْ كِتَابَتُكَ . وَإِنْ كَانَ قَدَمَاتٍ بَعْدَ الْأَدَاءِ ، فَقَدَمَاتُ عَبْدًا^(٢٢) ، فَإِنْ بَانَ مَعِييَا ، مِثْلُ أَنْ كَاتَبَهُ عَلَى^(٢٣) غُرُوضٍ مَوْصُوفَةٍ^(٢٤) ، فَتَبَضُّهَا ، فَأَصَابَ بِهَا عَيْنًا بَعْدَ قَبْضِهَا ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ وَأَمْسَكَهَا ، اسْتَقَرَّ الْعِتْقُ . فَإِنْ قِيلَ : كَيْفَ يَسْتَقَرُّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يُعْطَ جَمِيعُ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؟ فَإِنْ مَا يُقَابِلُ الْعَيْبَ لَمْ يَقْبِضْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَشْرَةِ ، فَأَعْطَاهُ تِسْعَةً . قُلْنَا : إِمْسَاكُهُ الْبَعِيْبَ^(٢٥) رَاضِيًا بِهِ رَضَى مِنْهُ بِاسْقَاطِ حَقِّهِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِبْرَائِيهِ مِنْ بَقِيَّةِ كِتَابَتِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ ، وَأَخَذَ أَرْضَ الْعَيْبِ ، أَوْ رَدَّهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَقِيَاسُ قَوْلِي أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْعِتْقُ ، وَلَيْسَ لَهُ الرُّدُّ ، وَلَهُ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِثْلَاقٌ وَاسْتِهْلَاكٌ ، فَإِذَا حَكَمَ بِوُقُوعِهِ لَمْ يَبْطُلْ ، كَعَقْدِ الْخُلْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، فَأَشْبَهَ الْخُلْعَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَتَوَجَّهُ أَنَّ لَهُ الرُّدَّ ، وَيَحْكُمُ بَارْتِفَاعِ الْعِتْقِ الْوَاقِعِ ؛ لِأَنَّ / الْعِتْقَ إِنَّمَا يَسْتَقَرُّ^(٢٦) بِاسْتِقْرَارِ الْأَدَاءِ ، وَقَدْ ارْتَفَعَ الْأَدَاءُ ، فَارْتَفَعَ الْعِتْقُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ بِالتَّرَاضِي ، فَوَجِبَ أَنْ يَفْسَخَ بِوُجُودِ الْعَيْبِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ ، وَأَخَذَ الْأَرْضَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَثَبَّتَ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ ، وَلَئِنَّا بَيَّنَّا أَنَّ ذِمَّتَهُ لَمْ تَبْرَأْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَعْنِي قَبْلَ ذَلِكَ ، وَظَنُّ وَقُوعِ الْعِتْقِ لَا يُوقِعُهُ إِذَا بَانَ الْأَمْرُ بِخِلَافِهِ ، كَالْوَبَانِ الْعَوَضُ مُسْتَحَقًّا . وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ عِنْدَ السَّيِّدِ ، أَوْ حَدَثَ بِهَا عِنْدَهُ عَيْبٌ ، اسْتَقَرَّ أَرْضُ الْعَيْبِ ، وَالْحَكْمُ فِي ارْتِفَاعِ الْعِتْقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى . وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ لَعَبْدِهِ : إِنْ أَعْطَيْتَنِي عَبْدًا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَأَعْطَاهُ عَبْدًا ، فَبَانَ حُرًّا ، أَوْ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَعْنِي بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ : إِنْ أَعْطَيْتَنِي^(٢٧) بِلَيْكَا . وَلَمْ يُعْطِهِ إِلَّا يَاهُ بِلَيْكَا ، وَلَمْ يَمْلِكْهُ إِلَّا يَاهُ .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : ٣ حِرَاءٌ .

(٢٣-٢٤) فِي الْأَصْلِ : ٥ غُرُوضٍ مَوْصُوفَةٍ .

(٢٤) فِي ب : ٥ لِلْمَيْبِ .

(٢٥) فِي م : ٥ اسْتَقَرَّ .

(٢٦) فِي ب ، م : ٥ أَعْطَيْتَنِي .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مَالُ كِتَابَتِهِ^(٢٧) ، فَقالَ لَهُ السَّيِّدُ : أَنْتَ حُرٌّ .^(٢٨) وَقَالَ : هَذَا حُرٌّ^(٢٩) . ثُمَّ بَانَ الْعَوْضُ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَعْتَقْ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَهُ الْإِخْبَارُ عَمَّا حَصَلَ لَهُ بِالْأَدَاءِ . فَلَوْ ادَّعَى الْمُكَاتَّبُ أَنَّ سَيِّدَهُ قَصَدَ بِذَلِكَ عِتْقَهُ ، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ^(٣٠) ، وَهُوَ أَخْبَرُ بِمَا تَوَى .

١٩٩٤ - مسألة : قَالَ : (وَمَا قَبِضَ مِنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ ، اسْتَقْبَلَ بِهِ^(١) حَوْلًا)

وَجَمَلَتْهُ أَنْ مَا يَأْخُذُهُ مِنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ ، كَالِ اسْتِفَادَةٍ بِكَسْبٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَيَمْلِكُهُ بِأَخْذِهِ ، وَيَسْتَقْبِلُ بِهِ حَوْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مَا فِي يَدِ مُكَاتَّبِهِ ، وَلِهَذَا جَرَى الرِّبَا بَيْنَهُمَا ، وَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ فِي الدِّينِ الَّذِي عَلَى الْمُكَاتَّبِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ عَلَيْهِ غَيْرُ تَامٍّ ، فَوَجِبَ أَنْ يَسْتَقْبَلَ بِمَا يَأْخُذُهُ مِنْهُ حَوْلًا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ .

١٩٩٥ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا جَنَى الْمُكَاتَّبُ ، يُدَى بِجَنَاتِهِ قَبْلَ كِتَابَتِهِ ، فَإِنْ

عَجَزَ ، كَانَ سَيِّدُهُ مُحَرَّرًا بَيْنَ أَنْ يَقْدِيَهِ بِقِيمَتِهِ / إِنْ كَانَتْ أَقْلَ مِنْ جَنَاتِهِ ، أَوْ يُسَلِّمُهُ) ٢٤٢/١١ ظ

وَجَمَلَتْ ذَلِكَ أَنَّ الْمُكَاتَّبَ إِذَا جَنَى جَنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، وَيُؤَدَّى مِنَ الْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ : جَنَاتُهُ عَلَى سَيِّدِهِ . قَالَ عَطَاءٌ : وَيَرْجِعُ سَيِّدُهُ بِهَا عَلَيْهِ . وَقَالَ الرَّهْرِيُّ : إِذَا قَتَلَ رَجُلًا خَطَأً ، كَانَتْ كِتَابَتُهُ وَوَلَاؤُهُ لَوَلِيِّ الْمَقْتُولِ ، إِلَّا أَنْ يَقْدِيَهِ سَيِّدُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَجْنِي جَانٍ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ »^(١) . وَلَا تَهَا جَنَايَةُ عَبْدٍ ، فَلَمْ تَجِبْ فِي ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ،

(٢٧) فِي ب ، م : « الْكِتَابَةُ » .

(٢٨) - (٢٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١) لَمْ : بَرَكَاةٌ .

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ دِمَاؤُكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَتَنِ ، وَفِي : بَابِ تَفْسِيرِ سُورَةِ التَّوْبَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ التَّفْسِيرِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٤/٩ ، ٢٢٨/١١ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ : لَا يَجْنِي أَحَدٌ عَلَى أَحَدٍ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ ، وَفِي : بَابِ الْحَقِيقَةِ يَوْمَ النُّحْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٢/٨٩٠ ، ١٠١٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤/١٤ .

كالقِرْنِ . إذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِأَدَاءِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، سَوَاءً حُلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ أَوْ لَمْ يَحُلْ . وَهَذَا الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ عَنْ أَحْمَدَ ، وَالْمَعْمُولُ بِهِ فِي الْمَذْهَبِ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ قَوْلًا آخَرَ ، أَنَّ السَّيِّدَ يُشَارِكُ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ ، فَيَضْرِبُ بِقَدْرِ مَا حُلَّ مِنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا ذَنْبَانِ ، فَيَتَحَاصَّنَانِ ، كَسَائِرِ الذُّبُوبِ . وَلَنَا ، أَنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ مِنَ الْعَبْدِ يُقَدَّمُ عَلَى سَائِرِ الْحُقُوقِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ ، وَلِذَلِكَ قُدِّمَتْ عَلَى حَقِّ الْمَالِكِ ، وَحَقِّ الْمُزْتَهِنِ ، وَغَيْرِهِمَا ، فَوَجِبَ أَنْ يُقَدَّمَ هُنَا ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ أَرْضَ جِنَايَتِهِ مُقَدَّمٌ ^(٢) عَلَى مِلْكِ السَّيِّدِ فِي عَبْدِهِ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُهُ ^(٣) عَلَى عَوْضِهِ ، وَهُوَ مَالُ الْكِتَابَةِ ، بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ كَانَ مُسْتَقِيرًا ، وَذَيْنِ الْكِتَابَةِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَإِذَا قُدِّمَ عَلَى الْمُسْتَقَرِّ ، فَعَلَى غَيْرِهِ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّ ^(٤) أَرْضَ الْجِنَايَةِ مُسْتَقَرٌّ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْكِتَابَةِ الَّتِي لَيْسَتْ مُسْتَقَرَّةً . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَفْدِي نَفْسَهُ بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ أَقْلًا ، فَلَا يَلْزُمُهُ أَكْثَرُ مِنْ مُوجِبِ جِنَايَتِهِ ، وَهُوَ أَرْضُهَا . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ / أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزُمُهُ أَكْثَرُ مِنْ بَدَلِ الْمَحَلِّ الَّذِي تَعْلَقُ بِهِ الْأَرْضُ . فَإِنْ بَدَأَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ، فَوَفَّى بِمَا يَلْزُمُهُ مِنْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ، وَإِلَّا بَاعَ الْحَاكِمُ مِنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ، وَبَاقِيَهُ بَاقٍ عَلَى كِتَابَتِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْفَسْخَ ، فَلهِ ذَلِكَ ، وَيَعُودُ عَبْدًا غَيْرَ مَكَاتِبٍ ، مُشْتَرَكًا بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنِ الْمُشْتَرَى . وَإِنْ أَبْقَاهُ عَلَى الْكِتَابَةِ فَأَدَّى ، عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ ، وَسَرَى الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُكَاتِبُ مُوسِرًا ، يُقَوِّمُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ ، وَبَاقِيَهُ رَفِيقٌ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ ، وَلَمْ يَفِ بِالْجِنَايَةِ إِلَّا قِيَمَتُهُ كُلُّهَا ، يَبِيعُ كُلَّهُ عَلَيْهِ ^(٥) ، وَيَبْلُغَتْ كِتَابَتُهُ . وَإِنْ بَدَأَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَى سَيِّدِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ سَأَلَ الْحَاكِمَ ، فَحَجَرَ ^(٦) عَلَى الْمُكَاتِبِ ، ثَبَتَ الْحَجَرُ ^(٧) عَلَيْهِ ، وَكَانَ النَّظَرُ فِيهِ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَلَا يَصِحُّ دَفْعُهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، وَيَرْجِعُهُ الْحَاكِمُ ، وَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ، فَإِنْ

(٢) فِي الْأَصْلِ ، أ : هـ : مُقَدِّمَةٌ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : هـ : تَقْدِيمُهَا .

(٤) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(٥) فِي أ ، ب ، م : هـ : فِيهَا .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، نَقَلَ نَظَرَ .

وَقِي ، وَإِلَّا كَانَ الْحَكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْحَاكِمُ حَجَرَ عَلَيْهِ ، صَحَّ دَفْعُهُ إِلَى السَّيِّدِ ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ يَقْضَى حَقًّا عَلَيْهِ ، فَجَاز ، كَمَا لَوْ قَضَى بَعْضُ غُرَمَائِهِ قَبْلَ الْحَجَرِ عَلَيْهِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ مَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَتَقَ ، وَيَكُونُ الْأَرْضُ فِي ذِمَّتِهِ ، فَيُضْمَنُ مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، وَهُوَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ وَاجِبًا بِالْجِنَايَةِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ، فَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلَّ الْأَسْتِحْقَاقِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ فِدَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ، فَفَسَخَ السَّيِّدُ كِتَابَتَهُ ، فَدَاؤُهُ أَيْضًا بِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيمَا إِذَا فَدَاؤُهُ سَيِّدُهُ . قَوْلَانِ - يَعْنِي رَوَايَتَيْنِ - إِحْدَاهُمَا ، يَقْدِيهِ بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وَالثَّانِيَةِ ، يَقْدِيهِ بِأَرْضِ جِنَايَتِهِ ، بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ .

فصل : وَإِذَا جَنَى الْمُكَاتِبُ جِنَايَاتٍ ، تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ ، وَاسْتَوَى الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ فِي الْأَسْتِيفَاءِ ، وَلَمْ يُقَدِّمِ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُمَا تَعَلَّقَتْ بِمَحَلٍّ وَاحِدٍ . وَكَذَا إِنْ كَانَ بَعْضُهَا فِي حَالِ كِتَابَتِهِ ، وَبَعْضُهَا بَعْدَ تَعْجِيزِهِ ، فَهِيَ سَوَاءٌ . وَيَتَعَلَّقُ جَمِيعُهَا بِالرَّقَبَةِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، فَلَوْلِيُّ الْجِنَايَةِ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَتَبْطُلُ حُقُوقُ الْآخَرِينَ . وَإِنْ عَفَا إِلَى مَالٍ ، صَارَ حُكْمُهُ حَكْمَ الْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ . فَإِنْ أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ ، اسْتَوْفَى ^(٨) الْبَاقُونَ ؛ لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، يَسْتَوْفِيهِ إِذَا تَفَرَّدَ ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا تَرَاحَمُوا ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ بَعْضُهُمْ ، سَقَطَ حَقُّهُ ، وَتَرَاحَمَ الْبَاقُونَ ، كَمَا لَوْ اتَّفَعُوا ، وَكَأَنَّ ^(٩) فِي الْوَصَايَا . فَإِنْ أَدَّى وَعَتَقَ ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ ^(١٠) سَيِّدُهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِيَّاهُمَا ^(١١) ضَمِينَ ، فَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْجِنَايَةِ الْوَاحِدَةِ . وَلَئِنْ لَوْ عَجَزَهُ الْغُرَمَاءُ ، وَعَادَ ^(١٢) قِنًا ، بَيْعَ ، وَتَحَاصُّوا فِي ثَمَنِهِ ^(١٣) ، كَذَلِكَ هُنَا . فَأَمَّا إِنْ عَجَزَهُ سَيِّدُهُ ، فَعَادَ قِنًا ، تُخِيرُ بَيْنَ فِدَائِهِ ، وَتَسْلِيمِهِ ، فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَقْدِيهِ بِأَقْلُ

(٧) ق م : سيدة .

(٨) ق الأصل ، أ ، ب : استوى .

(٩) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٠) ق م : عتقه .

(١١) ق م : وأياها .

(١٢) سقطت الواو من : الأصل ، أ ، ب .

(١٣) ق الأصل ، أ ، ب : الثمن .

الأمريين ، كما لو أَعْتَقَهُ أَوْ قَتَلَهُ . والثانية ، يَلْزِمُهُ أَرْضُ الْجَنَايَاتِ كُلُّهَا ، بِالْعَةِ مَا بَلَّغَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَلَّمَهُ اسْتَحْتَمَلُ أَنْ يَرْعَبَ فِيهِ رَاغِبٌ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ ، فَقَدْ قَوَّتْ تِلْكَ الزِّيَادَةُ بِاخْتِيَارِ إِمْسَاكِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ جَمِيعُ الْأَرْضِ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ أَوْ قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَحْلَ فِيهِمَا تَلَفَتْ مَالِيَّتُهُ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ تَسْلِيمُهُ ، فَلَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَالْمَحْلُ بَاقٍ ، وَهَهُنَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمُهُ وَيَنْعِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُكَاتِبُ فِدَاءَ نَفْسِهِ قَبْلَ تَعَجِيزِهِ أَوْ عَثَقَهُ ، فَبِهِمَا رَجَعَانِ ^(١٤) ؛ أَحَدُهُمَا ^(١٥) ، يَقْدِي نَفْسَهُ / بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ . وَالثَّانِي ، بِأَرْضِ الْجَنَايَاتِ ، بِالْعَةِ مَا بَلَّغَتْ ؛ لِأَنَّ مَحْلَ الْأَرْضِ قَائِمٌ غَيْرُ تَالِيفٍ ، وَيُمَكِّنُ تَعَجِيزَ نَفْسِهِ فِي كُلِّ جِنَايَةٍ لِيُبَاعَ ^(١٦) فِيهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَجَزَهُ سَيِّدُهُ .

فصل : وَإِنْ جَنَى الْمُكَاتِبُ عَلَى سَيِّدِهِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ، فَالسَّيِّدُ حَصَمُهُ فِيهَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، وَجَبَ ، كَمَا تَجِبُ عَلَى عَبْدِهِ الْقِرْنُ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ لِلزَّخْرِ ، فَيَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْعَبْدُ فِي حَقِّ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ ، أَوْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ابْتِدَاءً ، وَجَبَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتِبَ مَعَ سَيِّدِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ ، يَصِحُّ أَنْ يُبَايِعَهُ ، وَيُثَبِّتَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ الْمَالُ وَالْحَقُوقُ ، كَذَلِكَ الْجِنَايَةُ ^(١٧) . وَيَقْدِي نَفْسَهُ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، يَقْدِيهَا بِأَرْضِ الْجِنَايَةِ ، بِالْعَةِ مَا بَلَّغَتْ . فَإِنْ وَفَى مَا فِي يَدِهِ بِمَا عَلَيْهِ ، فَلِسَيِّدِهِ مُطَالَبَتُهُ بِهِ وَأَخَذُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِهِ ^(١٨) ، فَلِسَيِّدِهِ تَعَجِيزُهُ ، فَإِذَا عَجَزَهُ ، وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ ، سَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ وَأَرْضُ الْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ عَبْدًا قِتْنًا . وَلَا يَثْبُتُ لِلْسَيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ الْقِرْنُ مَالٌ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، وَلَا مَالٌ فِي يَدِهِ ، سَقَطَ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَتِهِ ، وَقَدْ أَتْلَفَهَا ، فَسَقَطَ ^(١٩) . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، لَمْ يَسْقُطْ ^(٢٠) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِالذِّمَّةِ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ ، فَإِذَا تَلَفَتِ الرِّقْبَةُ ، بَقِيَ الْحَقُّ مُتَعَلِّقًا بِالْمَالِ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ ،

(١٤) فِي م : ٥ : رَوَاتَانِ .

(١٥) فِي م : ٥ : إِحْدَاهُمَا .

(١٦) فِي م : ٥ : يُبَاعَ .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٨) فِي ب : ٥ : وَسَقَطَ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

كما لو عَقَقَ بالأداء . وهل يَجِبُ أَقْلُ الأمرَيْنِ ، أو أَرْضُ الْجِنَايَةِ كُلُّهُ ؟ على وَجْهَيْنِ . وَيَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ مَطْلَبَتَهُ بِأَرْضِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ أداءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لما ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ فِي حَقِّ الْأُجْنَبِيِّ* . وإن اخْتَارَ تَأْخِيرَ الْأَرْضِ ، والبدايَةِ يَقْبِضُ مَالِ الْكِتَابَةِ ، جاز . وَيَعْتَقُ إِذَا قَبَضَ مَالَ الْكِتَابَةِ كُلَّهُ . وقال أبو بكرٍ : لا يَعْتَقُ بِالْأداءِ قَبْلَ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ؛ لَوْجُوبِ تَقْدِيمِهِ على مَالِ الْكِتَابَةِ . ولنا ، / أَنَّ الْحَقَّيْنِ جَمِيعًا لِلْسَّيِّدِ ، فَإِذَا تَرَضِيََا على تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا على ٢٤٤/١١ ط الآخر ، جاز ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عَنْهما ، وَلأنَّهُ لو بَدَأَ بِأداءِ الْكِتَابَةِ قَبْلَ أَرْضِ الْجِنَايَةِ فِي حَقِّ الْأُجْنَبِيِّ عَقَقَ ، ففِي حَقِّ السَّيِّدِ أَوْلَى ، وَلأنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ لا يَلْزَمُ أداؤه قَبْلَ اثْبَدِ مَالِ الْجُرْجِ ، فَيُمْكِنُ تَقْدِيمُ وَجُوبِ الْأداءِ عَلَيْهِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا أَذَى ، عَقَقَ ، وَيَلْزَمُهُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، سَوَاءً كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ عَقَقَهُ بِسَبَبِ (٢٠) مِنْ جَهْتِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ مَا عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ؛ فَإِنَّهُ أَثْلَفَ مَحَلَّ حَقِّهِ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ . وهل يَلْزَمُهُ أَقْلُ الأمرَيْنِ ، أو جَمِيعُ الْأَرْضِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وإنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ على نَفْسِ سَيِّدِهِ ، فَلِوَرَثَتِهِ الْيَقْصَاصُ فِي الْعَمْدِ ، أو الْعَفْوُ (٢١) على (٢٢) مَالٍ . وفي الْخَطِئِ الْمَالِ . وفيما يَقْدَى بِهِ نَفْسَهُ رَوَايَتَانِ . وَحُكْمُ الْوَرِثَةِ معِ الْمُكَاتِبِ ، حَكْمُ سَيِّدِهِ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ ، وَالْعَبْدُ لو عَادَ قِنًا ، لَكَانَ لَهُمْ . وإنْ جَنَى على مُوَرَّوْثِ سَيِّدِهِ (٢٣) ، (٢٤) قَوْرَتِهِ سَيِّدُهُ (٢٤) ، فَالْحَكْمُ فِيهِ كَالو كَانَتْ الْجِنَايَةُ على سَيِّدِهِ فِيمَا ذُوْنِ النَّفْسِ ، على مَا مَضَى .

فصل : وإذا (٢٥) اجْتَمَعَ على الْمُكَاتِبِ أَرْضُ جِنَايَةٍ ، وَثَمَنُ مَبِيعَةٍ ، أو عَوَضُ قَرْضٍ (٢٦) ، أو غَيْرُهُمَا مِنَ الدُّيُونِ معِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وفي يَدِهِ مَا (٢٧) يَفْسِي بِهَا ، فَلَهُ أَنْ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : ٥ : لِسَبَبٍ .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : ٥ : وَالْعَفْوُ .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : ٥ : عَنْ .

(٢٣) فِي ١ : ٥ : نَفْسِهِ .

(٢٤) - (٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٥) فِي م : ٥ : وَإِنْ .

(٢٦) فِي ١ : ٥ : مَرَضٍ . وفي ب ، م : ٥ : قَرْضٍ .

(٢٧) فِي م : ٥ : مَالٍ .

يُؤَدِّيَهَا ، وَيَبْدَأُ بِمَا شَاءَ مِنْهَا كَالْحُرِّ . وَإِنْ ^(٢٨) لَمْ يَفِ بِهَا مَا فِي يَدِهِ ، وَكُلُّهَا حَالَةٌ ، وَلَمْ ^(٢٩) يَحْجُرِ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ، فَخَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْقَضَاءِ ، صَحَّ كَالْحُرِّ . وَإِنْ ^(٣٠) كَانَ فِيهَا مُوَجَّلٌ ، فَمَجَّلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَحْجُرْ ؛ لِأَنَّهُ تَعَجَّلَهُ تَبَرُّعًا ، فَلَمْ يَحْجُرْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَالْهَبَةِ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، جَازَ ، كَالْهَبَةِ . وَإِنْ كَانَ التَّعَجُّيلُ لِلْسَيِّدِ ، فَقَبُولُهُ بِمَنْزِلَةِ إِذْنِهِ . وَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ قَدْ حَجَرَ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ غُرْمَائِهِ ، فَانْظُرْ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَإِنَّمَا يَحْجُرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِهِمْ ، فَإِنْ حَجَرَ عَلَيْهِ بِغَيْرِ سُؤَالِهِمْ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَلَا يُسْتَوْفَى بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وَإِنْ / سَأَلَهُ سَيِّدُهُ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، لَمْ يُجِبْهُ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَلَا ^(٣١) يَحْجُرُ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . فَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرْمَاءِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّهُ يَبْدَأُ بِقَضَاءِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ ، وَعَوَضِ الْقَرْضِ ^(٣٢) ، يُسَوَّى بَيْنَهُمَا ، وَيُقَدَّمُهُمَا عَلَى أَرْضِ الْجَنَايَةِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الْجَنَايَةِ مَحَلُّ الرِّقَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ مِمَّا فِي يَدِهِ ، اسْتَوْفَى مِنْ رَقَّتِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاتَّفَقَ أَصْحَابُنَا ، وَالشَّافِعِيُّ ، عَلَى تَقْدِيمِ أَرْضِ الْجَنَايَةِ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا مَضَى بَيَانُهُ .

فصل : وَإِذَا جَنَى بَعْضُ عِبِيدِ الْمُكَاتِبِ جَنَايَةً تَوْجِبُ الْقِصَاصَ ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْمَالِ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ الْمَالَ ، أَوْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ خَطَأً ، أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ ، أَوْ إِثْلَافَ مَالٍ ، تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَّتِهِ ، وَلِلْمُكَاتِبِ فِدَاؤُهُ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جَنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شِرَائِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِكَثَرٍ مِنْ قِيمَتِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فِيهِ ^(٣٣) سَيِّدُهُ . فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَقْلَ مِنْ قِيمَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ تَسْلِيمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَبَرَّعُ ^(٣٤) بِالزِّيَادَةِ . وَإِنْ زَادَ الْأَرْضُ عَلَى قِيمَتِهِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ ، أَوْ يُغْدِيهِ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : فَإِنْ مَلَكَ الْمُكَاتِبُ ابْنَهُ ، أَوْ بَعْضَ ذَوِي رَحِمِهِ الْمَحْرَمِ ، أَوْ وَلَدَهُ وَلَدًا مِنْ

(٢٨-٢٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٩) سقطت الواو من : م ، ١ .

(٣٠) ق م : فلم .

(٣١) ق ١ ، ب ، م : القرض .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٣) ق ب : فليبرع . وفي م : تبرع .

أَمْتُهُ ، فَجَنَى جَنَائَةً ، تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، وَلِلْمُكَاتِبِ فِدَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَمَا يَقْدَى
غَيْرُهُ مِنْ عَبِيدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » : لَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَاقُ مَالِهِ ، فَإِنْ ذَوِيَ رَحِمِهِ لَيْسُوا بِأَمْوَالٍ لَهُ ، وَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهِمْ ، فَلَمْ يُجْزَ
لَهُ « إِخْرَاجُ مَالِهِ »^(٣٤) فِي مُقَابَلَتِهِمْ ، وَلَا « شِرَاءُ هُمْ »^(٣٥) ، كَالْتَبَرُّعِ ، وَيُفَارِقُ الْعَبْدُ الْأَجْنَبِيُّ ؛
فَإِنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَهُ « صَرْفُهُ فِي كِتَابَتِهِ » ، فَكَانَ لَهُ^(٣٦) فِدَاؤُهُ وَشِرَاؤُهُ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ .
وَلَكِنْ^(٣٨) إِنْ كَانَ هَذَا الْجَانِبِيُّ كَسَبَ ، فُدِيَ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ / كَسَبَ ، يَبِيعُ فِي ٢٤٥/١١ ظ
الْجَنَائَةِ ، إِنْ اسْتَعْرِقَتْ قِيمَتَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَسْتَعْرِقْهَا ، يَبِيعُ بَعْضُهُ فِيهَا ، وَمَا يَبْقَى لِلْمُكَاتِبِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ لَهُ جَنَى ، فَملَكَ فِدَاؤَهُ ، كَسَائِرِ عَبِيدِهِ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ .
وَقَوْلُهُمْ : لَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ . قُلْنَا : إِلَّا أَنْ كَسَبَهُ لَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ^(٣٩) الْمُكَاتِبُ ، صَارَ رَقِيقًا
مَعَهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتِبُ ، لَمْ يَتَضَرَّرَ السَّيِّدُ بِعَقْبِهِمْ ، وَانْتَفَعَ بِهِ الْمُكَاتِبُ ، وَإِذَا
دَارَ أَمْرُهُ بَيْنَ نَفْعٍ وَانْتِفَاءٍ ضَرَّرَ ، وَجَبَ أَنْ لَا يُنْتَفَعَ مِنْهُ ، وَفَارَقَ التَّبَرُّعَ ، فَإِنَّهُ يَفُوتُ الْمَالُ عَلَى
السَّيِّدِ . فَإِنْ قِيلَ : بَلْ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، وَهُوَ مُنْتَفِعٌ مِنْ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهُ إِذَا صَرَفَ الْمَالُ فِيهِ ، وَلَمْ
يَقْدِرْ عَلَى صَرْفِهِ فِي الْكِتَابَةِ ، عَجَزَ عَنْهَا . قُلْنَا : هَذَا الضَّرَرُ لَا يُنْتَفَعُ الْمُكَاتِبُ مِنْهُ ؛ بِدَلِيلِ مَا
لَوْ تَرَكَ الْكَسْبَ مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ مِنْهُ ، وَلَا يُجْزَى
عَلَى كَسْبٍ وَلَا أَدَاءٍ ، فَكَذَلِكَ لَا يُنْتَفَعُ مِمَّا هُوَ فِي مَعْنَاهُ ، وَلَا مِمَّا يُفْضِي إِلَيْهِ ، وَلِأَنَّ غَايَةَ
الضَّرَرِ فِي هَذَا ، الْمُنْعُ مِنْ^(٤٠) إِيْثَامِ الْكِتَابَةِ ، وَلَيْسَ إِيْثَامُهَا وَاجِبًا عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ تَرَكَ
الْكَسْبِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذَا فِيهِ نَفْعٌ لِلْسَّيِّدِ ؛ لِمَصْبِرِهِمْ عَبِيدًا
لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ فِيهِ نَفْعًا لِلْمُكَاتِبِ ، بِإِعْتِقَاقِ وَلَدِهِ ، وَذَوِيَ رَحِمِهِ ،^(٤١) وَنَفْعًا لَهُمْ^(٤٢) ،
بِالْإِعْتِقَاقِ ، عَلَى تَقْدِيرِ الْأَدَاءِ ، فَإِذَا^(٤٣) لَمْ يُنْتَفَعْ مِمَّا^(٤٤) يُسَاوِيهِ فِي الْمَضَرَّةِ مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ فِيهِ ،

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) ق م : « وَلَئِنْ » .

(٣٦) ق ب : « وَلَوْ » .

(٣٧) سقط من : م .

(٣٨) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣٩) ق ب ، م : « عَجَزَ » .

(٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١-٤١) ق م : « وَنَفْعُهُمْ » .

(٤٢) ق ب : « مَا » .

فَلَا نَ لَا يُنْتَعَمَ مَا^(٤٣) فِيهِ نَفْعٌ لَزِمَ لِأَحَدَى الْجِهَتَيْنِ أَوَّلَى . وَوَلَدَ الْمُكَاتِبَةِ يَدْخُلُ فِي كِتَابَتِهَا ، وَالْحُكْمُ فِي جِنَايَتِهِ كَالْحُكْمِ فِي وَلَدِ الْمُكَاتِبِ ، سَوَاءٌ .

فصل : وَإِنْ جَنَى بَعْضُ عَبِيدِ الْمُكَاتِبِ عَلَى بَعْضٍ ، جِنَايَةً مُوجِبُهَا الْمَالُ ، لَمْ يَثْبُثْ لَهَا حُكْمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ لِلسَّيِّدِ عَلَى عَبِيدِهِ مَالٌ . وَإِنْ كَانَ مُوجِبُهَا إِقْصَاصًا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَيْسَ^(٤٤) لَهُ الْإِقْصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لِمَالِهِ بِاخْتِيَارِهِ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو الْحُطَّابِ ، فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ / الْإِقْصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ مَلِكِهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْتَوْفِهِ ، أَفْضَى إِلَى إِقْدَامِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي أَرْضِ الْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَا يَثْبُثُ لَهُ فِي رَقَبَةِ عَبِيدِهِ . فَإِنْ كَانَ الْجَانِي مِنْ عَبِيدِهِ ابْنَهُ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ قَبْلَ جِنَايَتِهِ ، فَيَسْتَفِيدُ بِالْجِنَايَةِ مَلِكُ بَيْعِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدُهُ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ عَلَيْهِ أَرْضٌ^(٤٥) ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِالرَّهْنِ ، إِذَا جَنَى عَلَى رَاهِنِهِ .

فصل : وَإِنْ جَنَى عَبْدُ الْمُكَاتِبِ عَلَيْهِ جِنَايَةً مُوجِبُهَا الْمَالُ ، كَانَتْ هَذَرًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ مُوجِبُهَا الْإِقْصَاصُ ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ ، إِنْ كَانَ فِيهَا دُونَ النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَقْتَصُّ^(٤٦) مِنْهُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ عَفَا عَلَى مَالِي ، سَقَطَ الْإِقْصَاصُ ، وَلَمْ يَجِبِ الْمَالُ . فَإِنْ كَانَ الْجَانِي أَبَاهُ ، لَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ لَا يُقْتَلُ بَوَلَدِهِ . وَإِنْ جَنَى الْمُكَاتِبُ عَلَيْهِ ، لَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَقْتَصُّ مِنْهُ لِعَبِيدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَقْتَصُّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْأَبِ مَعَ حُكْمِ الْأَخْرَارِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ وَالتَّصَرُّفَ فِيهِ ، وَجُعِلَتْ حُرَّتُهُ مَوْقُوفَةً عَلَى حُرَّتِهِ . قَالَ : وَلَا نَعْلَمُ مَوْضِعًا يَقْتَصُّ فِيهِ الْمَمْلُوكُ مِنْ مَالِكِهِ سِوَى هَذَا الْمَوْضِعِ .

فصل : وَإِذَا^(٤٧) جَنَى عَلَى الْمُكَاتِبِ فِيهَا دُونَ النَّفْسِ ، فَأَرْضُ الْجِنَايَةِ لَهُ ، دُونَ

(٤٣) فِي ١ : مَا . وَفِي ب : مَا .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤٥) فِي الْأَصْلُ : يَقْصُ .

(٤٦) فِي ب : وَإِنْ .

سَيِّدَهُ ، لثَلَاثَةِ مَعَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ كَسْبَهُ لَهُ ، وَذَلِكَ عَرَضٌ عَمَّا يَتَعَطَّلُ بِقَطْعِ يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ .
وَالثَّانِي ، أَنَّ الْمُكَاتَبَةَ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ فِي النِّكَاحِ ، لِتَعَلُّقِهِ بَعْضُهُ مِنْ أَعْضَائِهَا ، كَذَلِكَ بَدَلُ
الْمَعْضُوفِ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ السَّيِّدَ يَأْخُذُ مَالِ الْكِتَابَةِ بَدَلًا عَنْ نَفْسِ الْمُكَاتَبِ ^(٤٧) ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ
يَسْتَحِقَّ عَنْهُ عَرَضًا / آخَرُ . ثُمَّ لَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْجَانِي
سَيِّدَهُ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ؛ لِمَعْنِيَتَيْنِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ حُرٌّ ، وَالْمُكَاتَبُ عَبْدٌ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ
مَالِكُهُ ، وَلَا يَقْتَصِّرُ مِنَ الْمَالِكِ لِمَمْلُوكِهِ ، وَلَكِنْ يَجِبُ الْأَرْضُ ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا بِائِدْمَالِ
الْجُرْحِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْجَنَائِيَّاتِ ^(٤٨) . وَلَئِنَّهُ قَبْلَ الْإِيدْمَالِ لَا تُؤْمَنُ سِرَائِيَّتُهُ إِلَى نَفْسِهِ ،
فَيَسْقُطُ أَرْضُهُ . فَإِذَا اثْبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ ^(٤٩) سَرَى الْجُرْحُ إِلَى نَفْسِهِ ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ،
وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَالْوَقْلَةِ . وَإِنْ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ ، وَجَبَ أَرْضُهُ لَهُ عَلَى سَيِّدِهِ . فَإِنْ كَانَ مِنْ
جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ خَلَّ عَلَيْهِ نُجُومٌ ، فَقَاصًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ
كَانَ التَّجْمُ لَمْ يَجَلَّ ، لَمْ يَقَاصَا ، وَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يَسْتَحِقُّهُ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ
يَجْعَلَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا عَنِ الْآخَرِ ، وَكَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ ذَيْنَ يَذْنِ . فَإِنْ
قَبَضَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ ، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْآخَرِ ، عَرَضًا عَنْ حَقِّهِ ، جَازٌ . وَإِنْ رَضِيَ الْمُكَاتَبُ
بِتَعْجِيلِ الْوَاجِبِ لَهُ عَنْ مَا لَمْ يَجَلَّ مِنْ نُجُومِهِ ، جَازٌ ، إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ .
الْحَالُ الثَّانِي ، إِذَا كَانَ الْجَانِي أجنبيًّا حُرًّا ، فَلَا قِصَاصَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يَقْتُلُ بِالْعَبْدِ ،
وَلَكِنْ يَنْظَرُ ؛ إِنْ سَرَى الْجُرْحُ إِلَى نَفْسِهِ ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَعَلَى الْجَانِي قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ،
وَإِنْ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ ، فَعَلِيهِ أَرْضُهُ لَهُ . فَإِنْ أَذَى الْكِتَابَةَ ، وَعَتَقَ ، ثُمَّ سَرَى الْجُرْحُ إِلَى
نَفْسِهِ ، وَجَبَتْ دِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الضَّمَانِ بِحَالِهِ الِاسْتِقْرَارِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ لَوَرِثَتِهِ . فَإِنْ كَانَ
الْجَانِي السَّيِّدَ ، أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْوَرِثَةِ ، لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ لَا يَرِثُ ، وَيَكُونُ لِبَيْتِ
الْمَالِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ . وَمَنْ اعْتَبَرَ الْجِنَايَةَ بِحَالِهَا ائْتَدِئَهَا ، أَوْجَبَ عَلَى الْجَانِي قِيمَتَهُ ،
وَيَكُونُ لَوَرِثَتِهِ أَيْضًا . الْحَالُ الثَّالِثُ ، إِذَا كَانَ الْجَانِي عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا ، فَإِنْ كَانَ / مُوجِبُ
الْجِنَايَةِ الْقِصَاصَ ، وَكَانَتْ عَلَى النَّفْسِ ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَسَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْقِصَاصِ

(٤٧) فِي م : هـ الْمُكَاتَبَةُ هـ .

(٤٨) تَقْدِمُ فِي ٥٦٣/١١ .

(٤٩) فِي ب : هـ إِذَا هـ .

وَالْعَفْوُ عَلَى مَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَةِ الْجَانِي . وَإِنْ كَانَتْ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ، مِثْلُ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ أَوْ رِجْلَهُ ، فَلِلْمُكَاتِبِ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ مَنَعُهُ ، كَمَا أَنَّ الْمَرِيضَ يَقْبِضُ وَلَا يُعْتَرِضُ عَلَيْهِ وَرَقَبَتُهُ ، وَالْمُفْلِسُ يَقْبِضُ وَلَا يُعْتَرِضُ عَلَيْهِ غَرَامُهُ . وَإِنْ عَفَا عَلَى مَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ ، ثَبَّتَ لَهُ . وَإِنْ عَفَا مُطْلَقًا ، أَوْ إِلَى غَيْرِ مَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ ، ثَبَّتَ ذَلِكَ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ فِي مُوجِبِ الْعَمْدِ ؛ إِنْ قُلْنَا : مُوجِبُهُ الْقِصَاصُ عَيْنًا . صَحَّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ مَالٌ ، وَلَيْسَ لِلْسَيِّدِ مُطَالَبَتُهُ بِاشْتِرَاطِ مَا لَمْ يَلُغْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَكْسِبٌ ، وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ إِجْبَارَهُ عَلَى الْكَسْبِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ أَخَذُ امْرَأَتَيْنِ . ثَبَّتَ لَهُ دِيَّةُ الْخُرْجِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا سَقَطَ الْقِصَاصُ ، تَعَيَّنَ الْمَالُ ، وَلَا يَصِحُّ عَفْوُهُ عَنِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ بِهِ^(٥٠) . بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ صَالَحَ عَلَى بَعْضِ الْأَرْضِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَعْفُو عَنْهُ^(٥١) إِلَى غَيْرِ مَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ .

فصل : وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتِبُ ، وَعَلَيْهِ دِيُونٌ ، وَأُرُوشُ جَنَائِيَاتٍ ، وَلَمْ يَكُنْ مَلِكٌ مَا يُؤَدِّي فِي كِتَابَتِهِ ، انْفَسَخَتْ كِتَابَتُهُ^(٥٢) ، وَسَقَطَ أَرْضُ الْجَنَائِيَاتِ ؛ لِأَنَّهَا مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ وَقَدْ ثَلَّفَتْ ، وَيُسْتَوْفَى دَيْنُهُ مِمَّا كَانَ فِي يَدِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِهَا ، سَقَطَ الْبَاقِي . قَالَ أَحْمَدُ : لَيْسَ عَلَى سَيِّدِهِ قَضَاءُ دَيْنِهِ ، هَذَا كَانَ يَسْعَى لِنَفْسِهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ مَلَكَ مَا يُؤَدِّي فِي كِتَابَتِهِ ، انْتَبَهَ ذَلِكَ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ فِي عَقْدِ الْمُكَاتِبِ بِمِلْكِ مَا يُؤَدِّيهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيهِ رَوَاتِبَيْنِ ، الظَّاهِرُ مِنْهُمَا أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِذَلِكَ ، فَتَنْفَسِيخُ الْكِتَابَةِ أَيْضًا ، وَيَبْدَأُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْحَالِ الْأَوَّلِ . وَهَذَا قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَشُرَيْحٍ ، وَطُعَايَ ، وَعَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ، وَأَبِي الزُّنَادِ ، وَبِحَبِي الْأَنْصَارِيِّ ، وَرَبِيعَةَ / ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيَّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ مَا يُؤَدِّي ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا . فَعَلَى هَذَا ، يَضْرِبُ السَّيِّدُ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِمَا حُلَّ مِنْ نَجْوِمِهِ . وَرَوَى نَحْوُ^(٥٣) هَذَا عَنْ^(٥٤) شُرَيْحٍ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالْحَكَمِيِّ ، وَحَمَّادٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ؛ لِأَنَّهُ دِينَ لَهُ حَالٌ ، فَيَضْرِبُ بِهِ كَسَائِرَ الدُّبُونِ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنْ

(٥٠) سقط من : ب .

(٥١) ٥١-٥٢) في أ ، ب ، م : العفو .

(٥٢) في الأصل ، أ : في الكتابة .

(٥٣) سقط من : أ .

الدِّينَ يَجْلُ بِالْمَوْتِ . أَنْ يَضْرِبَ بِمَجْمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ حَالًا . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ، الَّذِي نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ، حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَنَا مَنصُورٌ وَسَعِيدٌ ، عَنْ قَتَادَةَ ، قَالَ : ذَكَرْتُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قَوْلَ شُرَيْحٍ فِي الْمُكَاتِبِ إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَبَقِيََّةٌ مِنْ مَكَاتِبِهِ ، فَقُلْتُ : إِنْ شُرَيْحًا قَضَى أَنْ مَوْلَاهُ يَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ . فَقَالَ سَعِيدٌ : أَلُحْطَأُ شُرَيْحٌ ، قَضَى زَيْدٌ بِالَّذِينَ قَبْلَ الْمُكَاتِبَةِ^(١) .

١٩٩٦ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا كَاتِبُهُ ، ثُمَّ ذَبَرَهُ ، فَإِذَا أَدَّى ، صَارَ حُرًّا ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ ، عَقَّقَ بِالتَّذْيِيرِ ، إِنْ حَمَلَ الثَّلَثَ ، مَا بَقِيَ عَلَيْهِ^(٢) مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَالْأَعْتَقَ مِنْهُ بِمَقْدَارِ الثَّلَثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِمَقْدَارِ مَا عَقَّقَ ، وَكَانَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ تَذْيِيرَ الْمُكَاتِبِ صَحِيحٌ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ عَنِ بَصِفَةٍ ، وَهُوَ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ ، وَإِنْ كَانَ وَصِيَّةً ، فَهُوَ وَصِيَّةٌ بِإِعْتَاقِهِ ، وَهُوَ يَمْلِكُهُ . فَعِنْدَ هَذَا ، إِنْ أَدَّى عَقَّقَ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْعَقِّ ، وَيُطْلَى التَّذْيِيرُ لِلغِنَى عَنْهُ ، وَمَا فِي يَدِهِ لَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَفُسِّحَتِ الْكِتَابَةُ ، بَطَلَتْ كِتَابَتُهُ ، وَصَارَ مُدَبِّرًا غَيْرَ مُكَاتِبٍ . فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ ، عَقَّقَ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَثِ ، وَمَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَثِ ، عَقَّقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَثِ ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَدَائِهِ وَعَجَزَ ، عَقَّقَ بِالتَّذْيِيرِ ، إِنْ حَمَلَهُ الثَّلَثُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَثِ ، عَقَّقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَقَّقَ ؛ لِأَنَّ مَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَثِ ، عَقَّقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَثِ ، وَجَبَّ أَنْ يَسْقُطَ نِصْفُ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ الْكِتَابَةُ إِلَّا بِنِصْفِهِ ، فَلَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهَا إِلَّا بِقَدْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ ، وَمَا فِي يَدِهِ لَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا عَقَّقَ بِالتَّذْيِيرِ ، بَطَلَتْ الْكِتَابَةُ ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا لَوْ بَطَلَتْ الْكِتَابَةُ بِعَجْزِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ عَقَّقَ بِالتَّذْيِيرِ ،

(٥٤) فِي م : ١ : الْكِتَابَةِ .

وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ إِفْلَاسِ الْمُكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ١٠ / ٣٣٢ ، ٣٣٣ . وَعَبِدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ إِفْلَاسِ الْمُكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ . الْمُصَنَّفِ ٨ / ٤١٣ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الْمُكَاتِبِ مِمَّنْ يَتْرَكَ دِينًا ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفِ ٦ / ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

فكان ما في يده لسيده ، كغير المكاتب . والصحيح الأول ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنه مكاتب برى من مال الكتابة ، فعتن بذلك ، وكان ما في يده له ، كما لو أبرأه سيده . يحققه أن ملكه كان ثابتاً على ما في يده ، ولم يحدث ما يزيله ، وإنما الحادث مزيل لملك سيده عنه ، فيبقى ملكه ، كما لو عتن بالأداء .

فصل : إذا قال السيد للمكاتب : متى عجزت بعد موتى ، فأنت حر . فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت . وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى . فإن قلنا ^(١) : لا يصح . فلا كلام . وإن قلنا : يصح . فمضى عجز بعد الموت ، صار حرّاً بالصفة ، فإن ادعى العجز قبل حلول النجم ، لم يعنق ؛ لأنه لم يجب عليه شيء يعجز عنه . وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ، ومعه ما يؤديه ، لم يصح قوله ؛ لأنه ليس بعاجز . وإن لم يكن معه مال ظاهر ، فصده الورثة ، عتن ، وإن كذّبوه ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم المال وعجزه ، فإذا حلف عتن . وإذا عتن بهذه الصفة ، كان ما في يده له ، إن لم تكن كتابته فسيحت ؛ لأن العجز لا تنفسخ به الكتابة ، وإنما يثبت به استحقاق الفسخ ، والحرية تحصل به ^(٢) بأول وجوده ، فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته ، فيكون ما في يده له ، كما لو عتن بالإبراء من مال الكتابة . ومقتضى قول بعض أصحابنا ، أن تبطل / كتابته ، ويكون ما بيده لورثة سيده .

فصل : وإذا كاتب عبداً ^(٣) في صحبته ، ثم اعتقه في مرض موته ، أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن كان يخرّج من ثلثه الأقل من قيمته ، أو مال كتابته ، عتن ، مثل أن يكون له سبوى المكاتب مائتان ، وقيمة المكاتب مائة ، ومال الكتابة مائة وخمسون ، فإننا نعتبر قيمته دون مال الكتابة ، وهي تخرج من الثلث . ولو كان مال الكتابة مائة ، وقيمته مائة وخمسون ، اعتبرنا مال الكتابة ، ونفذ العتن ، ونعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها . وإنما اعتبرنا الأقل ؛ لأن قيمته إن كانت أقل ، فهي قيمة ما أئلف بالإعتاق ، ومال

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) سقط من : الأصل ، م ، ا .

الكتابية ما استقرَّ عليه ، فإنَّ للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه ، أو يمتنع من أدائه ، فلا يُجبر عليه ، فلم يُخسب له به . وإنَّ كان عَوْضُ الكتابية أَقْلَ ، اعتبرتْ به ، لأنَّه يعتق بأدائه ، ولا يستحقُّ السيّد عليه سيّواه ، وقد ضَعُفَ ملْكُه فيه ، وصار عَوْضَه . وإنَّ كان كُلُّ واحدٍ منهما لا يخرجُ مِنَ الثَّلْثِ ، مثل أن يكونَ ماله^(٥) سيوى المكاتب^(٦) مائة ، فإنَّنا نضمُّ الأَقْلَ من قيمته أو مالِ كتابته إلى ماله ، ونعملُ بحسابه ، فيعتق منه ثلثاه ، ويبقى ثلثه بثلث مالِ الكتابية ، فإنَّ أداه ، عتق ، وإلا رُقَ منه ثلثه . ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ إذا كان مالُ الكتابية مائة وخمسين ، فيبقى^(٧) ثلثه بخمسين^(٨) ، فأدّاها ، أن يقول : قد زادَ مالُ المِيتِ . لأنَّه حُسيبٌ على الورثة بمائة ، وقد^(٩) حصلَ لهم بثلثه خمسون ، فقد زادَ مالُ^(١٠) المِيتِ ، فينبغي أن يزيدَ بما يعتق^(١١) منه ؛ لأنَّ هذا المالَ يحصلُ لهم بعقد السيّد ، والإرث عنه . ويجبُ أن يكونَ المُعتقُ من مالِ الكتابية ثلاثة أرباعه ؛ لأنَّ رُبْعَه يجبُ إيتاؤه للمكاتب ، فلا يُخسبُ من مالِ المِيتِ . فعلى هذا ، إذا كان ثلاثة أرباع مالِ المكاتب^(١٢) مائة وخمسين ، / أو قيمة العبد مائة ، وللمِيتِ مائة أخرى ، عتقَ من العبد ثلثاه ، وحصلَ للورثة من كتابية العبد خمسون ، عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة ، فقد زادَ لهم ثلثُ الخمسين ، فيعتق من العبد قَدْرُ ثلثيها ، وهو تُسْعُ الخمسين ، وذلك نصفُ تسعِهِ ، فصارَ العتقُ ثابِتًا في ثلثه^(١٣) ، ونصفُ تسعِهِ ، وحصلَ للورثة المائة ، وثمانية أُنْشَاعِ الخمسين ، وهو مثلاً ما عتقَ منه . فإن قيل : لِمَ أعتقْتُم بَعْضَه ، وقد بَقِيَ عليه بعضُ مالِ الكتابية ، وقد قلْتُم : إنَّ المُكاتبَ لا يعتقُ منه شيءٌ حتى يؤدَّى جميعَ مالِ الكتابية ؟ قلنا :

(٥) ل ب : مال .

(٦) ل م زيادة : قيمته .

(٧) ل الأصل ، أ : بقي .

(٨) ل الأصل : وخمسين .

(٩) سقطت : قد من : أ ، ب ، م .

(١٠) ق ب : على .

(١١) ق م : عتق .

(١٢) ق أ ، ب : الكتابية .

(١٣) ق الأصل ، أ : ثلثه .

إِنَّمَا^(١٤) أَعْتَقْنَا بَعْضَهُ هَهُنَا بِإِغْتَاقِ سَيِّدِهِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَلَمَّا كَانَ الْعَتَقُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، نَعَذُّ فِي ثُلُثِ مَالِهِ ، وَيَبْقَى بِأَقْبِهِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي لَا يَغْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ ، إِذَا كَانَ عَتَقَهُ بِهَا ، لِأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، فَمَا حَصَلَ إِلَّا سِتْفَاءٌ ، وَيُحْصَى^(١٥) الْمُعَاوَضَةُ ، فَلَمْ تَثْبُتِ الْحُرَّةُ فِي الْعَوَضِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى سَيِّدُهُ بِإِغْتَاقِهِ ، أَوْ إِبْرَائِهِ مِنَ الْكِتَابَةِ ، وَكَانَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ مَالِ كِتَابَتِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيهَا إِذَا أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ أَبْرَاهُ ، إِلَّا أَنَّهُ يَخْتِاجُ هَهُنَا إِلَى إِيقَاعِ الْعَتَقِ ، لِأَنَّهُ أَوْصَى بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجِ الْأَقْلُ مِنْهُمَا مِنْ ثُلْثِهِ ، عَتَقَ^(١٦) مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَيُسْقَطُ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ، وَيَبْقَى بِأَقْبِهِ عَلَى بَاقِي الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَاهُ ، عَتَقَ جَمِيعَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَرَقَّ الْبَاقِي . وَقياسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ يَتَجَزَّزَ عَتَقُ ثُلْثِهِ فِي الْحَالِ ، كَقَوْلِنَا^(١٧) فِي مَنْ دَبَّرَ عَبْدًا^(١٨) وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ : إِنَّهُ يَغْتَقُ ثُلْثَهُ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلِ لِلْوَرَثَةِ فِي الْحَالِ شَيْءٌ . وَلَئِنْ حَقَّ الْوَرَثَةُ مُتَحَقِّقُ الْحَصُولِ ، فَإِنَّهُ إِنْ أَدَّى ، وَإِلَّا عَادَ^(١٩) الْبَاقِي قِنًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّزُ عَتَقُ شَيْءٍ مِنْهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيْتِ مَالٌ سِوَاهُ ؛ لِئَلَّا يَتَجَزَّزَ لِلْوَصِيَّةِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَيَتَأَخَّرَ حَقُّ الْوَارِثِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ حَاضِرٌ ، لَمْ تَتَجَزَّزْ وَصِيَّتُهُ مِنَ الْحَاضِرِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا الْحَاضِرُ وَالْغَائِبُ ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ مُوصًى^(٢٠) لَهُ بِالْحَاضِرِ ، أَخَذَ ثُلْثَهُ فِي الْحَالِ ، وَوَقَّفَ الْبَاقِي عَلَى قُدُومِ الْغَائِبِ ، فَقَدْ حَصَلَ لِلْمُوصَى^(٢١) لَهُ ثُلْثُ^(٢٢) الْحَاضِرِ ، وَلَمْ يَحْصُلِ لِلْوَرَثَةِ شَيْءٌ فِي

٢٤٩/١١ ظ

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في ١ : ويحصى . وفي ب ، م : ويكتص .

(١٦) في م : أعْتَقَ .

(١٧) في الأصل : لقولنا .

(١٨) في م نهادة : له .

(١٩) في الأصل : أعاد .

(٢٠) في م : أوصى .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في م : ثلثه .

الحال ، فهو كَمَسَاتِنَا ، ولم يكْمُلْ له جميعُ وصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الغَائِبَ غيرُ مَوْثُوقٍ بِحُصُولِهِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا تَلَفَ ، بِخِلَافِ مَا عُنِيَ فِيهِ . فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْحَاصِلَةُ بِزِيَادَةِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنَّهَا تَقِفُ عَلَى أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ .

١٩٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ادَّعَى الْمُكَاتَّبُ ^(١) وَقَاءَ كِتَابَتِهِ ، وَأَتَى بِشَاهِدٍ ، خَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَصَارَ حُرًّا) .

وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّرَاعَ بَيْنَهُمَا فِي أَدَاءِ الْمَالِ ، وَالْمَالُ يُقْبَلُ فِيهِ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ . فَإِنْ قِيلَ : الْقَصْدُ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ الْعِتْقُ ، وَهُوَ (مِمَّا لَا) يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ . قُلْنَا : بَلْ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، فِي رِوَايَةٍ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِذَلِكَ ، لَكِنِ الشَّهَادَةُ هُنَا إِنَّمَا هِيَ بِأَدَاءِ الْمَالِ ، وَالْعِتْقُ يَحْصُلُ عِنْدَ أَدَائِهِ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَلَمْ يَشْهَدِ الشَّاهِدُ بِهِ ، وَلَا يَتَمَنَعُ فِيهِ نِزَاعٌ ، وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَثْبُتَ بِشَهَادَةِ الْوَاحِدِ مَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَمْرٌ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ ، كَمَا أَنَّ الْوِلَادَةَ تُثْبِتُ بِشَهَادَةِ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا ثُبُوتُ النَّسَبِ ، الَّذِي لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَلَا بِشَهَادَةِ ^(٢) وَاحِدٍ .

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ شَاهِدٌ ، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . وَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ : لِي شَاهِدٌ غَائِبٌ . أَنْظِرْ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلَّا خَلَفَ السَّيِّدُ ، ثُمَّ مَنَى جَاءَ شَاهِدُهُ ، وَأَدَّى الشَّهَادَةَ ، ثَبَّتَ حُرِّيَّتَهُ . وَإِنْ جَاءَ بِشَاهِدٍ فَجَرَحَ ، فَقَالَ : لِي شَاهِدٌ غَائِبٌ ^(٣) عَذَلٌ . أَنْظِرْ ثَلَاثًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بِقَبْضِ / مَالِ الْكِتَابَةِ ، عَتَقَ الْعَبْدُ ، إِذَا كَانَ مِمَّنْ يَصِيحُّ إِقْرَارَهُ . ٢٥٠/١١
وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، قَبِلَ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لغيرِ وَارِثٍ ، وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لغيرِ وَارِثِهِ مَقْبُولٌ . وَإِذَا قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ كِتَابَتِي كُلَّهَا . عَتَقَ الْعَبْدُ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُهَا كُلَّهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَإِنْ ^(٤) شَاءَ زَيْدٌ . عَتَقَ ، وَلَمْ يُؤَثِّرِ الْاِسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْاِسْتِثْنَاءُ لَا

(١) في ١ ، ب : و العبد ؛ .

(٢-٣) في ٢ ، ب : م ، و : مال ؛ .

(٣) في ٢ ، ب : م ، و : يشاهد ؛ .

(٤) سقط من ١ ، ب .

(٥) في ١ : أو إن ؛ .

مَدْخَلَ لَهُ فِي الْإِفْرَارِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ أَيْ طَالِبٍ : إِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى الْقَفِّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ . كَانَ مُقَرَّأً بِهَا . وَلَئِنْ هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ تَغْلِيْقٌ بِشَرْطٍ ، وَالَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ إِنْمَا هُوَ الْمُسْتَقْبَلُ ، وَأَمَّا الْمَاضِي ، فَلَا يُمَكِّنُ تَغْلِيْقَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَعَ عَلَى صِفَةٍ لَا يَتَغَيَّرُ عَنْهَا بِالشَّرْطِ ، وَإِنْمَا يَدُلُّ الشَّرْطُ فِيهِ عَلَى الشُّكِّ فِيهِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ كِتَابَنِي ، وَأَنَا أَشْكُ فِيهِ . فَيَلْعَوُ الشُّكُّ ، وَيُثْبِتُ الْإِفْرَارَ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْفَيْتُ آخَرَ كِتَابَنِي . وَقَالَ : إِنْمَا أَرَدْتُ أَنْ اسْتَوْفَيْتُ النَّجْمَ الْآخَرَ دُونَ مَا قَبْلَهُ . وَادَّعَى الْعَبْدُ إِفْرَارَهُ بِاسْتِيفَاءِ الْكُلِّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ اعْرَفَ بِمُرَادِهِ .

فصل : وَإِذَا أُبْرَأَ السَّيِّدُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، بَرِيءٌ ، وَعَتَقٌ ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ خَلَتْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَدَاهُ . وَإِنْ أُبْرَأَهُ مِنْ بَعْضِهِ ، بَرِيءٌ مِنْهُ كُلُّهُ ^(٦) ، وَكَانَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ كَالْأَدَاءِ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى ذَنْبَانِ ، فَأُبْرَأَهُ مِنْ ذَرَاهِمَ ، أَوْ عَلَى ذَرَاهِمَ ، فَأُبْرَأَهُ مِنْ ذَنْبَانِ ، لَمْ تَصِحَّ الْبِرَاءَةُ ؛ لِأَنَّهُ أُبْرَأَهُ مِمَّا لَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِمَّا لِي عَلَيْهِ . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمُكَاتَبُ : إِنْمَا أَرَدْتُ مِنْ قِيَمَةِ ذَلِكَ . وَقَالَ السَّيِّدُ : بَلِ ^(٧) ظَنَنْتُ أَنَّ لِي عَلَيْكَ التَّقَدُّ الَّذِي أُبْرَأْتُكَ مِنْهُ ، فَلَمْ تَقْعِ الْبِرَاءَةَ مُوضِعَهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ، مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ اعْرَفَ ^(٨) بَيْنَتَهُ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، وَاخْتَلَفَ الْمُكَاتَبُ مَعَ وَرَثَتِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ مَوْرُوثَهُمْ أَرَادَ ذَلِكَ . وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ ، وَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُ وَسَيِّدُهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٢٥٠/١١ ظ ١٩٩٨ - مسألة : قَالَ : (وَلَا يُكْفَرُ الْمُكَاتَبُ / بِغَيْرِ الصَّوْمِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا لَزِمَتْهُ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ ، أَوْ جَمَاعٍ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ ، أَوْ قَتَلَ ، أَوْ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ ، وَلِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْمُعْسِرِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا تَلَزُمُهُ زَكَاةٌ ، وَلَا نَفَقَةٌ قَرِيبٌ ، وَلَهُ اخْتِذُ الزَّكَاةَ لِحَاجَتِهِ ، وَكَفَّارَةُ الْعَبْدِ وَالْمُعْسِرِ الصَّيَّامُ . وَإِنْ أَدِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ ، وَيجوزُ لَهُ التَّبَرُّعُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، وَقَدْ أَدِنَ فِيهِ ^(١) . وَلَا يَلَزُمُهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ، إِذَا أَدِنَ فِيهِ ^(٢) السَّيِّدُ ؛

(٦) سقط من : أ ، ب ، م .

(٧) سقط من : ب .

(٨) ق م : اعترف .

(١-٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

لأنَّ عليه ضرراً فيه ، لِمَا يُفَضَى إليه مِنْ تَقْوِيَةِ حُرِّيَّتِهِ ، كَأَنَّ التَّبَرُّعَ لَا يُلْزِمُهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ .
 وقال القاضي : الْمُكَاتِبُ كَالْعَبْدِ الْقَرْنُ فِي التَّكْفِيرِ ، وَمَتَى أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ ^(٢) فِي التَّكْفِيرِ
 بِالْمَالِ ، انْتَبَى عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ إِذَا مَلَكَهُ سَيِّدُهُ ^(٣) ؛ فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ . لَمْ يَصِحَّ تَكْفِيرُهُ
 بِعَتَقٍ وَلَا إِطْعَامٍ وَلَا كِسْفَةٍ ، سَوَاءً مَلَكَهُ سَيِّدُهُ ^(٤) أَوْ لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَسَوَاءً أُذِنَ فِيهِ أَوْ لَمْ يُأْذَنْ ؛ لِأَنَّهُ
 يَكْفُرُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ . صَحَّ تَكْفِيرُهُ بِالطَّعَامِ
 إِذَا أُذِنَ فِيهِ . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّكْفِيرِ بِالْعَتَقِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا فِي
 تَكْفِيرِ الْعَبْدِ ^(٥) . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا التَّفْصِيلَ لَا يَتْرُجُهُ فِي الْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمَالَ ،
 بغيرِ خِلَافٍ ، وَإِنَّمَا مَلَكَهُ نَاقِصٌ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِ ، فَإِذَا أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِيهِ ، صَحَّ ،
 كَالْتَّبَرُّعِ .

١٩٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَوُلِدَ الْمُكَاتِبَةُ الَّذِينَ وَلَدَتْهُمْ فِي الْكِتَابَةِ ، يَغْتَفُونَ بِعِتْقِهَا)

وَجَمَلُهُ أَنَّهُ يَصِحُّ مُكَاتِبَةُ الْأُمَةِ ، كَأَنَّ صِحَّ مُكَاتِبَةِ الْعَبْدِ . لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِيهِ .
 وَقَدْ ذُلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ بَرِيرَةَ ^(١) ، وَحَدِيثُ جُوَيْرِيَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ ^(٢) . وَلَأَنَّهُمَا دَاخِلَةٌ فِي عُمُومِ
 قَوْلِهِ : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ .
 وَلَأَنَّهُمَا يُمَكِّنُهُمَا التَّكْسُّبُ وَالْأَدَاءُ ، فَهِيَ كَالْعَبْدِ . وَإِذَا أُتِيَ الْمُكَاتِبَةُ بِوَلَدٍ مِنْ
 غَيْرِ سَيِّدِهَا ، إِمَّا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ تَابِعٌ لَهَا ، مَوْقُوفٌ عَلَى عِتْقِهَا / ، فَإِنْ عَتَقَتْ
 بِالْأَدَاءِ أَوْ الْإِنْرَاءِ ، عَتَقَتْ ، وَإِنْ فُسِّخَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَتْ إِلَى الرُّقِّ ، عَادَتْ رِقًّا . وَهَذَا
 قَوْلُ شَرِيحٍ ، وَمَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَا كَانَ حَمَلًا
 حَالِ الْكِتَابَةِ ، وَمَا حَدَثَ بَعْدَهَا . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هُوَ عَبْدٌ قَرْنٌ ، لَا يَتَّبِعُ أُمَّهُ .

(٢-٢) فِي الْأَصْلِ : هُوَ بِالتَّكْفِيرِ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(٤) تَقَدَّمَ فِي : ١٠٦/١١ .

(١) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُ حَدِيثِ بَرِيرَةَ ، فِي : ٣٢٩/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي : صَفْحَةُ ٤٤٣ .

وللشافعي قولان ، كالمذهبين . واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد ، فلا تسرى إلى الولد ، كالتعليق بالصفة . ولنا ، أن الكتابة سبب ثابت للعتيق ، لا يجوز إبطاله ، فسرى إلى الولد ، كالاستيلاد ، ويُفارق التعليق بالصفة ، فإن السيد يملك إبطاله بالتبعية . إذا ثبت هذا ، فالكلام في الولد في فصول أربعة ؛ في قيمته إذا أئلف^(٣) ، وفي كسبه ، وفي نفقته ، وفي عتيقه . أما قيمته إذا أئلف^(٤) ، فقال أبو بكر : هو لأمه ، تستعين بها على كتابتها ؛ لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً ، فلا يستحق قيمته ، ولأنه بمنزلة جزء منها ، ولو جئني على جزء منها ، كان أرضه لها ، كذلك ولدها ، وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه ؛ لأن الحق لا يخرج عنهما ، ولأن ولدها لو ملكته بهية أو شراءً فقيل^(٥) كانت قيمته لها ، فكذلك إذا^(٦) تبعها .^(٧) يحقّقه أنه إذا تبعها^(٨) ، صار حكمه حكمها ، فلا يثبت ملك السيد في متاعه ، ولا في أرض الجناية عليه ، كما لا يثبت له ذلك فيها . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : تكون القيمة لسيدّها ؛ لأنها لو قُلت ، كانت قيمتها لسيدّها ، فكذلك ولدها . والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها ، فيصير مالها لسيدّها ، بخلاف ولدها ؛ فإن العقد باق بعد قتله ، فتظير هذا الإثلاف بعض أعضائها . والحكم في إثلاف بعض أعضائه^(٩) ، كالحكم في إثلافه . وأما كسبه ، وأرض الجناية عليه ، فيتبني أيضاً أن يكون لأمه ؛ لأن ولدها جزء منها ، تابع لها ، فأشبهه بقيّة أجزائها ، ولأن أداءها لكتابتها سبب لعتيقه ، وحصول الحرية له ، فينبغي أن يُصرف ذلك^(١٠) فيه^(١١) ، بمنزلة صرفه إليه ، إذ في عجزها رقه^(١٢) ، وقوات كسبه عليه ، وأما نفقته / فعلى

(٣) في ب : م : « تلف » .

(٤-٥) سقط من : الأصل . نقل نظر . وفي م : « تلف » . مكان « أئلف » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦) في م : « لو » .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) في م : « أعضائها » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في الزيادة : « لأن صرفه فيه » .

(١١) سقط من : الأصل .

أُمّه ؛ لأنّها تايبةٌ لِكَسْبِهِ ، وَكَسْبُهُ لَهَا ، فَتَقَعَتْهُ عَلَيْهَا . وَأَمَّا عِتْقُهُ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ بِأَدَائِهَا أَوْ إِبْرَائِهَا ، وَيَرْقُ بِعَجْزِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَهَا . وَإِنْ مَاتَتِ الْمُكَاتِبَةُ عَلَى كِتَابَتِهَا ، بَطُلَتْ كِتَابَتُهَا ، وَعَادَ رَقِيقًا قَدًّا ، إِلَّا أَنْ تُخْلَفَ وَقَاءً ، فَيَكُونُ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ . وَإِنْ أُعْتِقَهَا سَيِّدُهَا ، لَمْ يَعْتِقْ وَلَدَهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَّبِعُهَا فِي حُكْمِ الْكِتَابَةِ ، وَهِيَ الْعِتْقُ بِالْأَدَاءِ ، وَمَا حَصَلَ الْأَدَاءُ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ عِتْقُهَا بِأَمْرِ لَا يَتَّبِعُهَا فِيهِ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَمْ تَكُنْ مُكَاتِبَةً . وَمُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا الَّذِينَ قَالُوا : تَبْطُلُ كِتَابَتُهَا بِعِتْقِهَا . أَنْ يَعُودَ وَلَدُهَا رَقِيقًا . وَمُقْتَضَى قَوْلِنَا ، أَنَّهُ ^(١٢) يَبْقَى عَلَى حُكْمِ الْكِتَابَةِ ، وَيَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يُوجَدْ مَا يَبْطُلُ ، وَإِنَّمَا سَقَطَ الْأَدَاءُ عَنْهَا الْحُصُولُ الْحُرِّيَّةَ بِذَوْنِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ يَتَّبِعُهَا فِي الْكِتَابَةِ ، وَلَا فِي يَدِهَا مَالٌ يَأْخُذُهُ ، لَمْ يَظْهَرْ حُكْمُ بَقَاءِ الْعَقْدِ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي بَقَائِهِ فَائِذَةٌ ، ^(١٣) فَاتَّقَى لَا يُنْفَاءُ فَائِذَتُهُ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا ، فِي بَقَائِهِ فَائِذَةٌ ^(١٤) ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى عِتْقِ وَلَدِهَا ، فَيَتَّبِعِي أَنْ يَبْقَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ بِإِعْتَاقِهَا ؛ لِأَنَّهُ جَرَى مَجْرَى إِبْرَائِهَا مِنَ الْمَالِ ^(١٥) . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا عَتَقَتْ ^(١٦) بِاسْتِيلَادٍ أَوْ تَذْيِيرٍ أَوْ تَغْلِيظٍ بِصِفَةٍ ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا أُعْتِقَهَا ؛ لِأَنَّهَُا عَتَقَتْ بِغَيْرِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ الْوَلَدَ ذَرْوَهَا ، صَحَّ عِتْقُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ^(١٧) ، فَصَحَّ عِتْقُهُ ، كَأُمِّهِ ، وَلَئِنْ لَوْ أُعْتِقَهُ مَعَهَا الصَّحُّ ، وَمَنْ صَحَّ عِتْقُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، صَحَّ مُفْرَدًا ، كَسَائِرِ مَمَالِكِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ كَانَ يَجِبُ أَنْ لَا يَنْفَذَ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِأُمِّهِ ، بِتَقْوِيَةِ كَسْبِهِ عَلَيْهَا ؛ فَإِنَّهَا ^(١٨) كَانَتْ تَسْتَعِينُ بِهِ فِي كِتَابَتِهَا ، وَلَعَلَّ أَحَدًا نَفَذَ عِتْقَهُ تَغْلِيظًا لِلْعِتْقِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَعْتِقُ ، وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي مِنَ الضَّرَرِ لَا يَصِحُّ لَوْجُوهٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا يَحْصُلُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ كَسَبٌ يَفْضُلُ عَنْ نَفَقَتِهِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا كَسَبَ لَهُ ، فَتَحْلِيصُهَا مِنْ نَفَقَتِهِ نَفْعٌ مُحَضَّرٌ ، فَلَا ضَرَرَ فِي إِعْتَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْضُلُ لَهَا مِنْ كَسْبِهِ

٢٥٢/١١

(١٢) ق ب : د أن .

(١٣-١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٤) ق م : د مال الكتابة .

(١٥) ق م : د أعطت .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) ق م : د لأنها .

شئ، يُتَنَفَّعُ بِهِ ، فكان يَتَّبِعِي أَنْ^(١٨) يُقَيِّدَ الْحَكَمَ الَّذِي ذَكَرَهُ هَذَا الْقَيِّدُ . الثاني ، أَنَّ النِّفْعَ بِكَسْبِهَا^(١٩) ليس بواجب لها ؛ بدليل أَنَّهَا^(٢٠) لَا تَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى الْكَسْبِ ، فلم يكن الضَّرَرُ بِفَوَاتِهِ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّهَا . الثالثُ ، أَنَّ مُطْلَقَ الضَّرَرِ لَا يَكْفِي فِي مَنْعِ الْعِنَقِ الَّذِي تَحَقُّقُ^(٢١) مُقْتَضِيهِ ، ما لم يكن له أَصْلٌ يَشْهَدُ لَهُ^(٢٢) بِالْأَعْيَابِ^(٢٣) ، ولم يذكرْ له أَصْلًا ، ثم هو مُلغَى بِعِنَقِ الْمُفْلِسِ وَالرَّاهِنِ وَسِرَايَةِ الْعِنَقِ إِلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ ، فإنه يَعْتَقُ مَعَ وُجُودِ الضَّرَرِ بِتَقْوِيَةِ الْحَقِّ اللَّازِمِ ، فهذا أَوَّلَى .

فصل : فَأَمَّا وَلَدٌ وَلِدَهَا فَإِنَّ^(٢٤) وَلَدَ ابْنِهَا^(٢٥) حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْمُكَائِبِ لَا يَتَّبِعُهُ ، وَأَمَّا وَلَدُ بَنِيهَا ، فَهُوَ كِبَنِيهَا . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لَا تُسْرَى الْكِتَابَةُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ مَعَ الْأَتْصَالِ ، وهذا وَلَدٌ مُنْفَصِلٌ ، فَلَا تُسْرَى إِلَيْهِ ؛ بدليل أَنَّ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوِلِدَهَا ، لَا يُسْرَى إِلَيْهِ إِلَّا سَبِيلًا ، وهذا الْوَلَدُ أَتَّصَلَ بِأُمِّهِ دُونَ جَدِّهِ . ولَنَا ، أَنَّ ابْنَتَهَا بَيَّتْ لَهَا حُكْمَهَا تَبَعًا ، فَيَجِبُ أَنْ يَبَيَّتَ لَا بَنِيهَا حُكْمَهَا تَبَعًا ، كَمَا بَيَّتَ^(٢٦) لَهَا^(٢٧) حُكْمَ أُمِّهَا ، وَلَأنَّ الْبِنْتَ تَبَعَتْ أُمُّهَا ، فَيَجِبُ أَنْ يَتَّبِعَهَا وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ^(٢٨) إِتْبَاعِهَا لِأُمِّهَا^(٢٩) مَوْجُودَةٌ فِي وَلَدِهَا ، وَلَأنَّ الْبِنْتَ تَعْلُقُ بِهَا حَقَّ الْعِنَقِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَسْرَى إِلَى وَلَدِهَا ، كَالْمُكَائِبَةِ . وهذا الْخِلَافُ فِي وَلَدِ الْبِنْتِ النَّابِغَةِ لِأُمِّهَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَأَمَّا الْمَوْلُودَةُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، فَلَا تُدْخَلُ فِي الْكِتَابَةِ ، فَابْتَنَاهَا أَوَّلَى .

(١٨) في م زيادة : لا .

(١٩) لعل الصواب : بكسبه .

(٢٠) في ب ، م : أنه .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل : باعتبارها .

(٢٤-٢٥) سقط من : م . وفي ب قبله زيادة : كان .

(٢٥) في ب ، م : بَيَّتَ .

(٢٦) في ا ، ب ، م : عليه . خطأ .

(٢٧) في ب ، م : لَأَنَّهَا . تحريف .

وهذا قول عطاء ، والتخمي ، والليث ، وابن المنذر . وهو قديم قولي الشافعي ، قال : ولا وجه لقول من ^(١) قال : لا يجوز . وحكى أبو الخطاب ، عن أحمد ، رواية أخرى ، أنه لا يجوز بيعه . وهو قول مالك ، وأصحاب الرأي ، والجديد من قولي الشافعي ؛ لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه ، فمنع ^(٢) بيعه ، كبيعته / وعتيقه . وقال ٢٥٢/١١ ط الزهري ، وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ، ولا يجوز إذا لم يرض . وحكى ذلك عن أبي يوسف ، لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ^(٣) ، ولأن لسيده استيفاء منافعها برضاه ، ولا يجوز بغير رضاه ، كذلك بيعه . ولنا ، ما روى غرو ، عن عائشة ، أنها قالت : جاءت بريرة إلى ، فقالت : يا عائشة ، إني كاتبت أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فأعنيني . ولم تكن قضت من كتابتها شيئا ، فقالت لها عائشة ، ونفست ^(٤) فيها : أرجعي إلى أهلك ، إن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعا ، فقلت . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فعرضت عليهم ذلك ، فأبوا ، وقالوا : إن شاءت أن تحسب ^(٥) عليك فلتفعل ، ويكون ولاؤك لنا . فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ ، فقال : « لا يمنعك ذلك منها ، ابتاعي وأعيني ، إنما الولاء لمن أعتق » . فقام رسول الله ﷺ في الناس ، فحمد الله ، وأثنى عليه ، ثم قال : « إنما بعد ، فما ^(٦) بال تاسر يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، من اشترط شيئا ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء ^(٧) الله أحق ، وشروطه أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » . متفق عليه . قال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ ، وهي مكاتب ، ولم يتكر ذلك ، ففي ذلك البيان أن بيعه جائز ،

(١) في م نهادة : مكاتب .

(٢) في م ، : فيمنع .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٤) في م : ونفست . ورفعت : رغب .

(٥) في الأصل : تحب .

(٦-٦) في م ، : ما .

(٧) في الأصل : قضاء .

وَلَا أَعْلَمُ خَبْرًا يُعَارِضُهُ ، وَلَا أَعْلَمُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَخْبَارِ دَلِيلًا عَلَى عَجْزِهَا . وَتَأْوَلَهُ ^(٨) الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهَا كَانَتْ قَدْ عَجَزَتْ ، وَكَانَ يَتَعَمَّقُ فَسَخًا لِكِتَابَتِهَا . وَهَذَا التَّأْوِيلُ بَعِيدٌ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ فِي غَايَةِ الْقُوَّةِ ، وَلَيْسَ فِي الْخَبَرِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ، بَلْ قَوْلُهَا : أَعْيَنَنِي عَلَى كِتَابَتِي . دَلَالَةٌ عَلَى بَقَائِهَا عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَلَئِنْ أَخْبَرَتْهَا أَنَّ نُجُومَهَا فِي كُلِّ عَامٍ أَوْفَيْتُهُ ، فَالْعَجْزُ لَئِنْ يَكُونُ بِمُضِيِّ عَامَيْنِ عِنْدَ مَنْ لَا يَرَى الْعَجْزَ إِلَّا بِحُلُولِ نَجْمَيْنِ ، أَوْ بِمُضِيِّ عَامٍ عِنْدَ الْآخَرَيْنِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ شِرَاءَ عَائِشَةَ لَهَا كَانَ فِي أَوَّلِ كِتَابَتِهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى أُمِّ الْوَلِيدِ ؛ لِأَنَّ / سَبَبَ حُرَّتِهَا مُسْتَقَرٌّ عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ فَسَخَهُ ^(٩) بِحَالٍ ، فَأَشْبَهَ الْوَقْفَ ، وَالْمُكَاتِبُ يَجُوزُ رَدُّهُ إِلَى الرُّقِّ ، وَفَسَخُ كِتَابَتِهِ إِذَا عَجَزَ ، فَافْتَرَقَا . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَهَلِ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَبِيعَ الْمُكَاتِبَ بِأَكْثَرِ مِمَّا كَاتَبَ ^(١٠) عَلَيْهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَلَئِنْ الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهِ ، لَمْ ^(١١) يَتَحْتَمَّ عِتْقُهُ ، فَجَازَ يَبِيعُهُ ، كَالْمُعْلَقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ ؛ وَالِدَلِيلُ عَلَى أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهُمَ » ^(١٢) . وَأَنَّ مَوْلَانَهُ ^(١٣) لَا يَلْزَمُهَا ^(١٤) أَنْ تَحْتَجِبَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِذَا كَانَ لِأَخِيكَ مَكَاتِبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » ^(١٥) . فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَحْتَجِبُ قَبْلَ ذَلِكَ . وَقَدْ رَوَيْنَا فِي هَذَا عَنِ نُبَهَانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، أَنَّهُ قَالَ : قَالَتْ لِي أُمُّ سَلَمَةَ : يَا نُبَهَانُ ، هَلْ عِنْدَكَ مَا يُؤَدِّي ؟ قُلْتُ : نَعَمْ . فَأَرْخَيْتَ ^(١٦) الْحِجَابَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا ، وَرَوَتْ هَذَا الْحَدِيثَ . قَالَ : فَقُلْتُ : لَا وَاللَّهِ ، مَا عِنْدِي مَا يُؤَدِّي ، وَلَا أَنَا بِمُؤَدٍّ ^(١٧) . وَإِنَّمَا سَقَطَ الْحِجَابُ عَنْهَا مِنْهُ ؛ لَكُونِهِ مَمْلُوكَهَا ، وَلَئِنْ يَصِحُّ عِتْقُهُ ، وَلَا يَصِحُّ عِتْقُ مَنْ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ ، وَيَرْجِعُ عِنْدَ الْعَجْزِ إِلَى

(٨) في زيادة : له .

(٩) في الأصل : فسحها .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في ب : فلم .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

(١٣-١٤) في ب : لزمها .

(١٥) في الأصل ، م : فأخرجت .

(١٥) أخرجه البيهقي ، في : باب الحديث الذي روى في الاحتجاب عن المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٧/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤٠٩/٨ .

كَوْنَهُ قُتْلًا ، وَلَوْ صَارَ خُرًّا ، مَا عَادَ إِلَى الرُّقِّ ، ^(١٦) وَيُنَاقِزُ إِعْتَانَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ الرُّقَّ بِالْكُلِّيَّةِ ،
وَلَيْسَ بِعَقْدٍ ، إِثْمًا ^(١٧) هُوَ اسْتِاقَاطٌ لِلْمَلِكِ ^(١٨) فِيهِ ، وَأَمَّا بَيْعُهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مَالُكَ بَيْعَهُ ، وَأَمَّا
الْبَائِعُ ، فَلَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ مِلْكٌ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَتَجَوُّزُ هَبَّتِهِ ، وَالْوَصِيَّةُ بِهِ ، وَنَقْلُ الْمِلْكِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيْعِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ
أَحْمَدَ ، أَنَّهُ مَنَعَ هَبَّتَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِثْمًا وَرَدَّ بَيْعِهِ . وَالصَّحِيحُ جَوَازُهَا ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ فِي مَعْنَى
الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، ثَبَّتَ الْحُكْمَ فِيهِ .

٢٠٠١ - مسألة : قال : (وَمُشْتَرِيهِ يَقُومُ فِيهِ ^(١) مَقَامُ الْمُكَاتِبِ ، ^(٢) فَإِذَا أَدَّى ،
صَارَ خُرًّا ^(٣) .) . وَوَلَاؤُهُ لِمُشْتَرِيهِ ، فَإِنْ لَمْ يَبَيِّنِ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي أَنَّهُ مُكَاتِبٌ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ
بَيْنَ أَنْ يَرْجِعَ ^(٤) فِي الْكَمَنِ ^(٥) ، أَوْ يَأْخُذَ مَا بَيْنَهُ سَلِيمًا وَمُكَاتِبًا)

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَنْفَسِيخُ بِالْبَيْعِ ، وَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهَا . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا إِخْلَافًا . قَالَ
ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ بَيْعَ السَّيِّدِ مُكَاتِبَةً عَلَى أَنْ يُبْطَلَ
كِتَابَتُهُ بِبَيْعِهِ ، إِذَا كَانَ / مَاضِيًّا فِيهَا ، مُؤَدِّيًّا مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ نُجُومِهِ فِي أَوقَاتِهَا ، غَيْرُ
جَائِزٍ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَا زِمَ ، فَلَا يُبْطَلُ بِبَيْعِ الْعَبْدِ ، كَإِجَارَتِهِ وَنِكَاحِهِ ، وَيَبْقَى عَلَى
كِتَابَتِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَعَلَى نُجُومِهِ ، كَمَا ^(٦) كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، مُبْقَى ^(٧) عَلَى مَا بَقِيَ ^(٨) عَلَيْهِ مِنْ
كِتَابَتِهِ ، وَيُؤَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي ، كَمَا كَانَ يُؤَدَّى إِلَى الْبَائِعِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، فَهُوَ عَبْدٌ لِمُشْتَرِيهِ ؛
لِأَنَّهُ صَارَ سَيِّدَهُ ، وَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لِمُشْتَرِيهِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُكَاتِبِ فِيهِ انْتَقَلَ إِلَى
الْمُشْتَرِي ، فَصَارَ الْمُشْتَرِي هُوَ الْمُعْتَقُ ؛ وَلِهَذَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَائِشَةَ : « اِتَّبَاعِي ،
وَأُعْتِقِي ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٩) . وَلَمَّا أَرَادَ أَهْلُهَا اشْتِرَاطَ وَلَائِهَا ، أُنْكَرَ ذَلِكَ ،

(١٦-١٦) سقط من : ١ .

(١٧) ق م : ١ وإثما .

(١٨) سقط من : ب .

(٢-٢) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٣-٣) ق ١ ، ب : ١ بالتمن .

(٤) ق م زيادة : ١ لو .

(٥-٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تخريجه ، ق : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

وأخبر بطلانه. وإذا لم يعلم المشتري كونه مكائبا، ثم علم ذلك، فله فسخ البيع، أو أخذ الأرض؛ لأن الكتابة غيب، لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه، ولا يستحق كسبه، ولا استخداؤه، ولا الوطاء إن كانت أمة، وقد انعقد سبب زوال الملك فيه، فيملك الفسخ بذلك، كمشتري الأمة المزوجة أو المعية، فيتخير جنيذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن، وبين إمساكه وأخذ الأرض، وهو قسطن ما بينه مكائبا وبينه رقيقا قنا^(٧)، فيقال: كم قيمته^(٨) مكائبا، وكم قيمته^(٩) لو كان غير مكائب؟ فإذا قيل: قيمته مكائبا مائة، وقيمته غير مكائب مائة وخمسون. والثمن مائة وعشرون، فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته، فترجع ثلث ثمنه، وهو أربعون، ولا يرجع بالخمسين التي نقصت بالكتابة من قيمته، على ما قرر في البيع.

فصل: فأما بيع الدين الذي على المكائب من نجومه، فلا يصح. وهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور. وقال غطاء، وعمرو بن دينار، ومالك: يصح؛ لأن السيد يملكها في ذمة المكائب، فجاز بيعها، كسائر أمواله. ولنا، أنه دين غير مستقر، فلم يجز بيعه،^(١٠) كدين السلم^(١١)، ودليل عدم الاستقرار، أنه معرض للسقوط بعجز المكائب، ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه، ولا إلزامه بتحصيله، فلم يجز بيعه^(١٢)، كالعدة بالتبرع، ولأنه غير مقبوض، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض^(١٣). فإن باعه، فالبيع باطل، وليس للمشتري مطالبة المكائب بتسليمه إليه، ولا الرجوع بالثمن على البائع، إن كان دفعه إليه. فإن سلم المكائب إلى المشتري نجومه، ففيه وجهان؛ أحدهما، يعتق؛ لأن البيع تضمن الإذن في القبض، فأشبه قبض الوكيل. والثاني، لا يعتق؛ لأنه لم يستتبه في القبض، وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد، فكان القبض أيضا فاسدا، ولم يعتق، بخلاف وكيله، فإنه

٢٥٤/١١

(٧) سقط من: ١.

(٨-٨) سقط من: الأصل.

(٩-٩) سقط من: ١. نقل نظر.

(١٠) في ب: السلم.

(١١) تقدم غرض أحاديث النبي عن بيع ما لم يقبض، في: ١٨٢/٦، ١٨٣، ١٨٩.

استنابه . ولو صرَّح بالإذن ، فليس بمُسْتَتِيبٍ له في القَبْضِ ، وإنما إذنه بحُكْمِ
المُعَاوَضَةِ ، فلا فَرْقَ بين التَّصْرِيحِ وَعَدَمِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : يَتَعَيَّنُ بِالْأَدَاءِ . بَرَى الْمُكَاتِبُ مِنْ
مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَيَرْجِعُ السَّيْذُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا قَبَضَهُ ؛ لَأَنَّهُ كَالنَّائِبِ عَنْهُ . فَإِنْ كَانَ مِنْ
جِنْسِ الثَّمَنِ ، وَكَانَ قَدْ تَلَفَ ، تَقَاصًا بِقَدْرِ أَقْلِهِمَا ، وَرَجَعَ ذُو الْفَضْلِ بِفَضْلِهِ . وَإِنْ قُلْنَا :
لَا يَتَعَيَّنُ بِذَلِكَ . فَمَالُ الْكِتَابَةِ بَاقٍ عَلَى الْمُكَاتِبِ ، وَيَرْجِعُ الْمُكَاتِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا ذَفَعَهُ
إِلَيْهِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ . فَإِنْ سَلَّمَهُ الْمُشْتَرِي ^(١٢) إِلَى الْبَائِعِ ، لَمْ يَصِحَّ التَّسْلِيمُ ؛
لَأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُكَاتِبِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَخَذَهُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ
جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ^(١٣) ، تَرَاجَعَا بِمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ . وَإِنْ بَاعَهُ مَا ^(١٤) أَخَذَهُ بِمَالِهِ
فِي ذِمَّتِهِ ، وَكَانَ مُجْبُورَ الْبَيْعِ فِيهِ ، جَازَ إِذَا كَانَ مَا قَبَضَهُ السَّيْذُ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَلَفَ ،
وَوَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، وَكَانَتْ ^(١٥) مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، تَقَاصًا ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْبُوضُ مِنْ جِنْسِ
مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَتَحَاسَبَا بِهِ ، جَازَ .

فصل : وَإِذَا كَانَتِ الْمُكَاتِبَةُ ذَاتَ وَلَدٍ يَتَبِعُهَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَبَاعَهُمَا مَعًا ، صَحَّ ؛
لَأَنَّهُمَا مِلْكُهُ ، وَلَا مَانِعَ مِنْ بَيْعِهِمَا ، وَيَكُونَانِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، كَمَا كَانَا عِنْدَ الْبَائِعِ ، سَوَاءً .
/ وَإِنْ بَاعَ أَحَدَهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، أَوْ بَاعَ أَحَدَهُمَا لِلرَّجُلِ ، وَبَاعَ الْآخَرَ لِغَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، ^{٢٥٤/١١}
لَوْجَهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا فِي الْبَيْعِ إِلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ . فِي إِحْدَى
الرَّوَايَتَيْنِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْوَلَدَ تَابِعَ لِأُمِّهِ ، وَلَهَا كَسْبُهُ ، وَعَلَيْهَا نَفَقَتُهُ ، وَصَارَ فِي مَعْنَى
مَمْلُوكِهَا ، فَلَمْ يَجُزِ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ إِذَا كَانَ بِالْعَا ؛ لَأَنَّهُ مَحَلٌّ
لِلْبَيْعِ ، صَدَرَ فِيهِ التَّصَرُّفُ مِنْ أَهْلِهِ ، وَيَكُونُ ^(١٦) عَبْدًا مَنْ هُوَ عَبْدُهُ ^(١٧) ، عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ
بَيْعِهِ ، لَهَا كَسْبُهُ ، وَأَرَشُ الْجَنَائِزَةِ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهَا نَفَقَتُهُ ، وَيَتَعَيَّنُ بِعَيْتِهَا ، كَمَا لَوْ بَيْعَ . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في ب : المكتاتبة .

(١٤) في ب : بما .

(١٥) في ب : وكان .

(١٦-١٧) في ١ ، ب ، م : عند من هو عنده .

فصل : وإن وصَّى بالمكاتب لرجل ، فقال أبو بكر : قال أحمد : الوصية به^(١٧) جائزة ؛ لأنه يرى بيعه ، وكذلك هبته ، ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه في الأداء إليه ، وإن عجز ،^(١٨) عاد إليه رقيقاً له قنّاً ، وإن عتق ، فالولاء له ، كما ذكرنا في المشتري ، سواء ، فإن عجز^(١٩) في حياة الموصى ، لم تبطل الوصية ؛ لأن رقه لا ينافي الوصية . وإن^(٢٠) أدى وعتق في حياة الموصى ، بطلت الوصية . ومن منع بيع المكاتب ، منع الوصية فيه ، وهبته . فإن قال : إن عجز ورّق ، فهو لك بعد موته . صححت الوصية ، إذا عجز في حياة^(٢١) الموصى ، وإن عجز بعد موته ، لم يستحقه ؛ لأن الشرط بطل بخرته ، كما لو قال لعبيده : إن دخلت الدار ، فأنت حر بعد موته . فلم يَدْخُلها حتى مات سيده . وإن قال : إن عجز^(٢٢) بعد موته ، فهو لك . فهذا تعليق للوصية على صفة ، توجد بعد الموت . وقد ذكرنا في صحتها وجهين .

فصل : وإن وصَّى بكتابه لرجل ، صححت الوصية ؛ لأنها تصبح بما ليس بمستقر ، كما تصبح بما لا يملكه^(٢٣) في الحال ؛ من ثمرة شجرة ، وحمل جارية . وللموصى له أن يستوفى المال عند حلوله ، وله أن يبرئ منه ؛ فإذا استوفاه ، أو أبرأه منه ، عتق المكاتب ، والولاء لسيده ؛ لأنه المنعم / عليه ، وإن عجز المكاتب ، فأراد الوارث تعجيله ، وأراد الموصى له إنظاره ، فالقول قول الوارث ؛ لأن حق الموصى له^(٢٤) في المال^(٢٥) ما دام العقد قائماً ، وحق الوارث متعلق به ، إذا عجز^(٢٦) برّده في الرّق ، وليس للموصى له إنبطال حق الوارث من تعجيله . وإن أراد الوارث إنظاره ، وأراد الموصى له تعجيله ، لم يكن له ؛ لأن الحق في التعجيل والفسخ للوارث ، ولا حق للموصى له في ذلك ،

٢٥٥/١١

(١٧) في ب : هـ له .

(١٨-١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) في ب : وإذا .

(٢٠) في الأصل ، ب ، م : هـ حالة .

(٢١) في م : هـ عجزت .

(٢٢) في ب : هـ يملك .

(٢٣-٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في ب ، م : هـ عجزه .

وَلَا يَنْقُصُ^(٢٥) ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ يَسْقُطُ بِهِ . وَمَتَى عَجَزَ ، عَادَ عَبْدًا لِلْوَرَّةِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَا تَعَجَّلَهُ^(٢٦) الْمُكَائِبَ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِصِفَةٍ ، فَإِنْ عَجَّلَ شَيْئًا ، فَهُوَ^(٢٧) لِلْمُوصَى لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُعَجَّلْ شَيْئًا حَتَّى حَلَّتْ نُجُومُهُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِمَالِ الْكِتَابَةِ لِرَجُلٍ ، وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّتَانِ ؛ فَإِنْ أَدَّى إِلَى صَاحِبِ الْمَالِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ ، عَتَقَ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الرَّقَبَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي اسْتِحْقَاقِ الرَّقَبَةِ ، وَلَوْ لَمْ يُوصِ بِهَا لَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، فَإِذَا وَصَّى بِهَا كَانَ الْوَلَاءُ لِمَنْ وَصَّى لَهُ بِهَا ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى لَهُ بِالْمُكَائِبِ مُطْلَقًا ، لَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَصَّى بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ يُسْتَفَادُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِالرَّقَبَةِ دُونَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ . وَإِنْ عَجَزَ ، فَسَخَّ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ كِتَابَتَهُ ، وَكَانَ رَقِيقًا لَهُ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ . وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ قَدْ قَبَضَ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي فَسْخِ الْكِتَابَةِ عِنْدَ الْعَجَزِ ، قُدِّمَ قَوْلُ^(٢٧) صَاحِبِ الرَّقَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْوَرَّةِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ نِيْمًا تَقَدَّمَ . وَقِيَاسُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، أَنَّهُ لَوْ وَصَّى^(٢٨) لِرَجُلٍ بِرَقَبَةِ الْمَكَائِبِ دُونَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالرَّقَبَةِ دُونَ الْمَالِ صَحِيحَةٌ ، فِيمَا إِذَا وَصَّى^(٢٩) بِهَا لِرَجُلٍ وَخَدَهُ ، وَأَوْصَى بِالْمَالِ لِآخَرَ .

فصل : وَإِذَا كَانَتِ الْكِتَابَةُ فَاسِدَةً ، فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَا فِي ذِمَّةِ الْمُكَائِبِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ^(٣٠) لَكَ بِمَا أَقْبَضُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . / ٢٥٥/١١ صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ يُؤَدَّى فِيهَا الْمَالُ ، كَمَا يُؤَدَّى فِي الصَّحِيحَةِ . وَإِنْ وَصَّى بِرَقَبَةِ الْمُكَائِبِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِرَقَبَةِ الْمُكَائِبِ تَصِحُّ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ، فَفِي الْفَاسِدَةِ أَوْلَى .

(٢٥) في م : ١ : بيع .

(٢٦) في ب : ١ : عجله .

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) في ب : ١ : أوصى .

(٢٩) في م : ١ : وصيت .

فصل: وَيُصَبِّحُ الْوَصِيَّةُ لِمُكَاتِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ سَيِّدِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ كَالْأَجَنِيِّ ، وَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَذْفَعَ إِلَيْهِ زَكَاتَهُ . فَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْ مُكَاتِبِي بَعْضَ كِتَابِيَّتِهِ ، أَوْ بَعْضَ مَا عَلَيْهِ . وَضَعُوا مَا شَاءُوا ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا ، مِنْ أَوَّلِ نُجُومِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ نُجْمًا مِنْ نُجُومِهِ . فَلَهُمْ أَنْ يَضَعُوا أَيْ نُجْمًا شَاءُوا ، كَمَا لَوْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ ^(٣٠) أَيْ نُجْمًا شِئْتُمْ . وَسَوَاءٌ كَانَتْ نُجُومُهُ مُتَّفِقَةً أَوْ مُخْتَلِفَةً ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ وَاحِدًا مِنْهَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَيْ نُجْمًا شَاءَ . كَانَ ذَلِكَ إِلَى مَشِيئَتِهِ ، فَيَلْزِمُهُمْ وَضْعُ النُّجْمِ الَّذِي يَخْتَارُ وَضَعُهُ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ جَعَلَ الْمَشِيئَةَ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ نُجُومِهِ . ^(٣١) لَزِمَهُمْ أَنْ يَضَعُوا ^(٣٢) عَنْهُ أَكْثَرَهَا مَالًا ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرُهَا ^(٣٣) قَدْرًا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ نُجُومِهِ . لَزِمَهُمْ أَنْ يَضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِهَا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ الشَّيْءِ يُزِيدُ عَلَى نِصْفِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ نُجُومُهُ خَمْسَةً ، وَضَعُوا ثَلَاثَةً ، وَإِنْ كَانَتْ سِتَّةً ، وَضَعُوا أَرْبَعَةً . وَيَحْتَجِلُ أَنْ يَنْتَصِرَفَ ذَلِكَ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهَا أَكْثَرَهَا ^(٣٤) مَالًا ، بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ : أَكْثَرَ نُجُومِهِ . فَإِنْ كَانَتْ نُجُومُهُ مُتَسَاوِيَةً ، تَعَيَّنَ الْاِحْتِمَالُ الْأَوَّلُ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَوْسَطَ نُجُومِهِ . فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا وَسْطُ وَاحِدٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ نُجُومُهُ مُتَسَاوِيَةً الْقَدْرَ وَالْأَجَلَ ، وَعَدَدُهَا مُفْرَدٌ ^(٣٥) ، فَيَتَعَيَّنُ وَضْعُ أَوْسَطِهَا عَدَدًا ، فَإِذَا كَانَتْ خَمْسَةً ، فَلَا أَوْسَطَ الْثَالِثَ ، وَإِنْ كَانَتْ سَبْعَةً ، فَلَا أَوْسَطَ الرَّابِعَ ، وَإِنْ كَانَ عَدَدُهَا مُزْدَوِجًا ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ الْعِقْدَارِ ، فَبَعْضُهَا مِائَةٌ ، وَبَعْضُهَا مِائَتَانِ ، وَبَعْضُهَا ثَلَاثُمِائَةٍ ، فَأَوْسَطُهَا الْمِائَتَانِ ، فَتَعَيَّنَ ^(٣٦) الْوَصِيَّةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْسَطُهَا . وَإِنْ كَانَتْ مُتَسَاوِيَةً الْقَدْرَ ، مُخْتَلِفَةً الْأَجَلَ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ اثْنَانِ مِنْهَا إِلَى شَهْرٍ ، وَوَاحِدٌ إِلَى شَهْرَيْنِ ، وَوَاحِدٌ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيمَا هُوَ إِلَى شَهْرَيْنِ ، لِأَنَّهُ ^(٣٧) أَوْسَطُهَا . وَإِنْ اتَّفَقَتْ هَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةُ فِي

(٣٠) سقط من : م .

(٣١-٣٢) في الأصل ، أ ، ب : و ضعوا .

(٣٢) في ب ، م : و أكبرها .

(٣٣) في أ ، ب ، م : و أكبرها .

(٣٤) في م : و مفرد .

(٣٥) في الأصل ، م : و فعين .

(٣٦) في م : و لأنها .

واحد ، تَمَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ لَهَا أَوْسَطُ فِي الْقَدْرِ ، وَأَوْسَطُ فِي ^(٣٧) الْأَجَلِ ، وَأَوْسَطُ فِي ^(٣٧) الْعَدَدِ ، يُخَالِفُ بَعْضُهَا بَعْضًا ، فَذَلِكَ إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرَثَةِ ، فَلَهُمْ وَضَعُ مَا شَاءُوا مِنْهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَ الْوَرَثَةُ وَالْمُكَاتَّبُ ، فِيمَا أَرَادَ الْمُوصِي مِنْهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ مَا أَرَادَ الْمُوصِي ، ثُمَّ التَّعْيِينُ إِلَيْهِمْ . وَمَتَى كَانَ فِيهَا أَوْسَطَانِ ، عَيَّنَ الْوَرَثَةُ أَحَدَهُمَا . وَمَتَى كَانَ الْعَدَدُ وَتَرَا ، فَأَوْسَطُهُ وَاحِدٌ . وَإِنْ كَانَ شَفْعًا ، كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ ، فَأَوْسَطُهُ اثْنَانِ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِيمَا إِذَا وَصَّى بِأَوْسَطِ نَجْوِمِهِ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا خَفَ . أَوْ قَالَ : مَا يَثْقُلُ ، أَوْ ^(٣٨) يَكْثُرُ . كَانَ ذَلِكَ إِلَى تَقْدِيرِ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَخْفُفُ إِلَى جَنْبِ مَا هُوَ ^(٣٩) أَثْقَلُ مِنْهُ ، وَيَثْقُلُ إِلَى جَنْبِ مَا هُوَ ^(٣٩) أَخْفَفُ مِنْهُ ، كَمَا قَالَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا وَصَّى بِمَالٍ عَظِيمٍ ، أَوْ كَثِيرٍ ، أَوْ ثَقِيلٍ ، أَوْ خَفِيفٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ . وَضَعِ عَنْهُ النُّصْفَ ، وَأَذْنَى زِيَادَةٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ ، وَمِثْلَ نِصْفِهِ . فَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، وَأَذْنَى زِيَادَةٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ ، وَمِثْلَهُ . فَذَلِكَ الْكِتَابَةُ كُلُّهَا ، وَزِيَادَةُ عَلَيْهَا ، فَيَصِحُّ فِي الْكِتَابَةِ ، وَيَبْطُلُ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لَعَدَمِ مَحْلُهَا . ^(٤٠) وَإِنْ قَالَ ^(٤١) : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ . فَشَاءَ وَضَعَ كُلُّ مَا عَلَيْهِ ، وَضَعَ كُلُّ ^(٤٢) مَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ ^(٤٣) يَتَنَاوَلُهُ ^(٤٤) . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ وَضَعُ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ « مِنْ » لِلتَّبْعِيضِ ، فَلَا تَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلِّهِ كَنَحْوِ مَا ذَكَرْنَاهُ .

٢٠٠٢ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَّبُ أَبَاهُ ، أَوْ ذَارَجَهُ مِنَ الْمُحَرَّمِ

عَلَيْهِ نِكَاحُهُ ، لَمْ يَعْقُوقَا حَتَّى يُودَى / وَهُمْ فِي مِلْكِهِ ، فَإِنْ عَجَزَ ، فَهُمْ عِبْدُ لِسَيِّدِهِ) ٢٥٦/١١ ط

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

(٣٧-٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٨) في م : أوما .

(٣٩-٣٩) سقط من : ب ، م . نقل نظر .

(٤٠-٤٠) سقط من : ب .

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) سقط من : أ ، ب ، م .

(٤٣) في ب ، م : وصيته .

أخذهما : أَنَّهُ يَصِيحُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ ذَوَى أَرْحَامِهِ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، بغير إذن سيِّده . وهذا قولُ الثَّوْرِيِّ ، وإسحاق ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وقال الشافعيُّ : لا يَصِيحُ ؛ لأنَّهُ تصرَّفَ يُؤدِّي إلى إتلافِ مالِهِ ، لأنَّهُ يُخْرِجُ مِنْ مالِهِ ما يجوزُ له التَّصَرُّفُ فيه ، في مُقَابَلَةِ ما لا يجوزُ له التَّصَرُّفُ فيه ، فأشبهَ الهَبَّةَ . فإنَّ أذْنَ له سيِّدُهُ فيه ، فمنهم مَنْ قال : يجوزُ . قولاً واحداً . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّ المَتَّعَ لِحَقِّ سيِّدِهِ ، فجازَ بإذْنِهِ . ومنهم مَنْ قال : فيه ^(١) قولان . ولنا ، أَنَّهُ اشْتَرَى مَمْلُوكًا لا ضَرَرَ ^(٢) على السيِّدِ ^(٣) في شرائِهِ ، فصَحَّ ، كالأَجْنَبِيِّ ، وبناؤه أَنَّهُ يأخُذُ كَسْبَهُمْ ، وإنَّ عَجَزَ صارُوا رِقِيًّا لسيِّدِهِ ، ولأنَّهُ يَصِيحُ أَنْ يَشْتَرِيَ غَيْرَهُ ، فصَحَّ شِراؤُهُ له ، كالأَجْنَبِيِّ ، ويُفَارِقُ الهَبَّةَ ؛ لأنَّها تُفَوِّتُ المالَ بغيرِ عَوَضٍ ، ولا نَفْعٍ يَرْجِعُ إلى المُكَاتِبِ ولا السيِّدِ ، ولأنَّهُ تَحَقُّقُ السَّبَبِ ، وهو صُدُورُ التَّصَرُّفِ مِنْ أَهْلِهِ في مَحَلِّهِ ، ولم يَتَحَقَّقِ المَانِعُ ؛ لأنَّ ما ذَكَرُوهُ لا نَصَّ فيه ، ولا أَصْلَ له يُقاسُ عليه .

الفصل الثاني : أَنَّهُمْ لَا يَعْتِقُونَ ^(١) بِمُجَرَّدِ مِلْكِهِ ^(٢) لَهُمْ ؛ لأنَّهُ لو باشَرَهُم بِالْعِتْقِ ، أو أَعْتَقَ غَيْرَهُمْ ، لم يَقَعِ الْعِتْقُ ، فلا يَقَعُ بالشِّراءِ الَّذِي أُقِيمَ مَقَامُهُ . ولا يجوزُ له يَتِمُّعُهُمْ ، ولا إِخْرَاجَهُمْ عَنْ مِلْكِهِ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : له يَتِمُّعُ مِنْ ^(٣) عِدا المَوْلُودِينَ والوالِدِينَ ؛ لأنَّهُمْ لَيْسَتْ قَرَانَتُهُمْ قَرَابَةُ حُرِّيَّةٍ وَلَا بَعْضِيَّةٍ ^(٤) ، فَأَشْبَهُوا الْأَجَانِبَ . ولنا ، أَنَّهُ ذُو رَجَمٍ يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِذَا عَتَقَ ، فلا يجوزُ يَتِمُّعُهُ ، كالوالِدِينَ والمَوْلُودِينَ ، ولأنَّهُ لا يَمْلِكُ يَتِمُّعُهُمْ إِذَا كَانَ حُرًّا ، فلا يَمْلِكُهُ مُكَاتِبًا ، كوالِدَيْهِ ، ولأنَّهُمْ ^(٥) نَزَلُوا مَنْزِلَةَ أَجْزَائِهِ ، فلم يَمْلِكْ يَتِمُّعُهُمْ ، كَيْدِهِ . فإذا أَدَّى ، وَهَمَّ فِي مِلْكِهِ ، عَتَقُوا ؛ لأنَّهُ كَمَلَ ^(٦) مِلْكُهُ فِهِمْ ^(٧) ، وزالَ تَعَلُّقُ حَقِّ سيِّدِهِ عَنْهُمْ ^(٨) ، فَعَتَقُوا/ حَيْثُ نَزَلَ ، ولولا وَهْمُ لَهُ دُونَ سيِّدِهِمْ ؛ لأنَّهُمْ عَتَقُوا عَلَيْهِ بَعْدَ زَوَالِ

٢٥٧/١١

(١) ل ب : فيهم .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣-٣) ل ب : مجرد ملكه .

(٤) ل ب : ما .

(٥) ل م : تعصية .

(٦) في الأصل : ولأنه .

(٧-٧) في الأصل : ملكهم .

(٨) ل ب : عنه .

مِلْكٌ سَيِّدُهُ عَنْهُ ، فَيَكُونُونَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اشْتَرَاهُمْ بَعْدَ عِتْقِهِ . وَإِنْ عَجَزَ ، وَرُدَّ فِي الرُّقِّ ، صَارُوا عِبِيدًا لِلسَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ مَالِهِ ، فَيَصِيرُونَ لِلسَّيِّدِ بِعَجْزِهِ ، كَعِبِيدِهِ الْأَجَانِبِ .

فصل : وَكَسَبُهُمُ لِلْمُكَائِبِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِمَّا لِيَكُنْهُ . وَتَقَعَتْهُمْ عَلَيْهِ ، بِحُكْمِ الْمِلْكِ ، لَا بِحُكْمِ الْقَرَابَةِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمُ السَّيِّدُ ، لَمْ يَغْتَقُوا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُمْ ، فَلَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِمْ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمُ الْمُكَائِبُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لَمْ يَغْتَقُوا ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِهِمْ . وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ بِإِذْنِهِ ، عَتَقُوا ، كَالْوَأَلِ عَتَقَ غَيْرَهُمْ مِنْ عِبِيدِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، عَتَقَ ، وَصَارُوا رَقِيقًا لِلسَّيِّدِ ، كَالْوَأَلِ عَجَزَ ؛ لِأَنَّ كِتَابَتَهُ تَبْطُلُ بِعِتْقِهِ ، كَاتِبُهَا بِمَوْتِهِ . وَعَلَى مَا اخْتَرْنَاهُ ، يَغْتَقُونَ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ قَبْلَ فُسْخِ الْكِتَابَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَغْتَقُوا ، كَالْوَأَلِ عَتَقَ ^(٩) بِالْإِبْرَاءِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِأَدَائِهِ ، يُحَقِّقُ هَذَا ، أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ لَا زَمَ ، يَسْتَفِيدُ بِهَا الْمُكَائِبُ مِلْكًا رَقِيقَهُ وَاتِّسَابَهُ ^(١٠) ، وَيَبْقَى حَقُّ السَّيِّدِ فِي مِلْكِ رَقِيقَتِهِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَزُولُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ ^(١١) ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَا يَتَسَلَّطُ السَّيِّدُ عَلَى إِبْطَالِهَا فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْمُكَائِبِ ، وَإِنَّمَا يَتَسَلَّطُ عَلَى إِبْطَالِ حَقِّهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَائِبِ ، فَيَتَفَقَّدُ فِي مَالِهِ دُونَ مَالِ الْمُكَائِبِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَثَلَ هَذَا فِيمَا مَضَى . وَإِنْ مَاتَ الْمُكَائِبُ ، وَلَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، عَادَ رَقِيقًا . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَبَعْدُ : يَسْعَوْنَ فِي الْكِتَابَةِ عَلَى نُجُومِهَا ، وَكَذَلِكَ أُمُّ وَلَدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْوَلَدِ خَاصَّةً : إِنْ جَاءَ بِالْكِتَابَةِ حَالَةً ، قُبِلَتْ مِنْهُ ، وَعَتَقَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَبْدٌ لِلْمُكَائِبِ ، فَصَارَ بِمَوْتِهِ لِسَيِّدِهِ إِذَا لَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، كَالْأَجَنِيِّ . وَإِنْ خُلِفَ وَفَاءً ، اثْبَتْنِي عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ / ٢٥٧/١١ ط

فِي فُسْخِ الْكِتَابَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ لَهُ بَعْضُ ذَوِي رَجَحِهِ ، فَلَهُ قَبُولُهُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، فَلَهُ قَبُولُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ شِرَاءَهُ ، مَعَ مَا فِيهِ مِنْ بَذْلِ مَالِهِ ، فَلَا يَنْجُوزُ بِغَيْرِ عَوَضٍ أَوَّلَى . وَإِذَا ^(١٢) مَلَكَهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُكَائِبُ أَمْرًا لَهُ ، وَالْمُكَائِبَةُ زَوْجَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ لغير

(٩) فِي ١ ، ب : أَعْتَقَ .

(١٠) فِي ب : وَاتِّسَابَهُ .

(١١) فِي ب ، م : أَدَاءً .

(١٢) سَقَطَ مِنْ م : .

المُكائِبِ ، فجازَ للمُكائِبِ ، كُثْرَاءِ الأُجَانِبِ . وَتَنْفَسِخُ النِّكَاحِ بِذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَنْفَسِخُ ؛ لِأَنَّ الْمُكَائِبَ لَا يَمْلِكُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّسْرِي ، وَلَا يَتَّقِي وَالِدَهُ وَوَلَدَهُ إِذَا اشْتَرَاهُ ، فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الْقَرْنَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَائِبَ يَمْلِكُ مَا اشْتَرَاهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ تَثَبُّتَ لَهُ الشُّفْعَةُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ ، وَيَجْرِي الرِّبَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ ^(١٣) التَّسْرِي ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ سَيِّدِهِ بِمَا فِي يَدِهِ ، كَمَا مَنَعَ الرَّاهِنُ مِنَ الْوَطْعِ مَعَ ثُبُوتِ مِلْكِهِ ، وَلَمْ يَتَّقِ عَلَيْهِ ذَوُو ^(١٤) رَحِمِهِ لَذَلِكَ ، فَإِذَا ^(١٥) اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، فَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْهُ .

فصل : وَإِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ ابْنَتَهُ ^(١٦) مِنْ مُكَائِبَةٍ ^(١٧) بِرِضَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ ، وَكَانَتْ مِنْ وَرَثَتِهِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَرِثُهُ ، وَإِنَّمَا تَمْلِكُ نَصِيبَهَا مِنَ الدِّينِ الَّذِي عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْوَارِثَ لَوْ أَبْرَأَ الْمُكَائِبَ مِنَ الدِّينِ عَتَقَ ، وَكَانَ الْوَلَاءُ لِلْمَيِّتِ ، لِالْوَارِثِ ، فَإِنْ عَجَزَ وَعَادَرَ قَرِيقًا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ جِئْتِيذَ ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ نَصِيبَهَا ^(١٨) مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُكَائِبَ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهِ ^(١٩) ، لَا يَتَّقِي بِمَوْتِهِ ، فَجَوَّبَ أَنْ يَتَّقِيَ إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ ، وَلَئِنْهَا لَا يَجُوزُ لَهَا ابْتِدَاءُ نِكَاحِهِ لِأَجْلِ الْمِلْكِ ، فَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِتَجَدُّدِ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالْعَبْدِ الْقَرْنِ ، وَأَمَّا كَوْنُ الْوَلَاءِ لِلْمَيِّتِ ، فَلِأَنَّ السَّبَبَ وَجَدَ مِنْهُ ، فَتَسَبَّبَ الْعِتْقُ إِلَيْهِ ، وَتَبَتِ الْوَلَاءُ لَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَرِثَهُ كُلُّهُ ، أَوْ تَرِثَ نَصِيبَهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا مَلَكَتْ مِنْهُ جُزْءًا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِيهِ ، فَبَطَلَ فِي بَاقِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ . وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَتْ زَوْجَهَا ، أَوْ جُزْءًا مِنْهُ ، أَوْ وَرِثَتْ ^(٢٠) شَيْئًا مِنَ الْعَبْدِ الْقَرْنِ ، بَطَلَ نِكَاحُهَا . وَإِنْ كَانَتْ لَا تَرِثُ أَبَاهَا ، لِإِمَانِعٍ مِنْ مَوَانِعِ

٢٥٨/١١

(١٣) ق ب ، م زيادة : من .

(١٤) ق ا ، ب : ذر .

(١٥) ق ا : وإن . وفي ب : وإذا .

(١٦) ق م : ابنته .

(١٧) ق م : مكاتبه .

(١٨) ق م : نفسها .

(١٩) ق ب : للسيد .

(٢٠) ق ب : وورثت .

الميراث ، فنكاحها باقٍ بحاله . والحكم في سائر الورثة من النساء ، كالحكم في البنات . وكذلك لو تزوج رجلٌ مكاتباً ، فورثها ، أو ورث شيئاً منها ، انفسخ نكاحه لذلك . والله أعلم .

٢٠٣ - مسألة : قال : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِلثَّلَاثَةِ ، فَجَاءَهُمْ بِثَلَاثِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَقَالَ : يِعُونِي نَفْسِي بِهَا . فَأَجَابُوهُ ، فَلَمَّا عَادَ إِلَيْهِمْ لِيَكْتُبُوا لَهُ كِتَابًا ، أَلْكَرَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَكُونَ أَحَدُ شَيْئَا ، وَشَهِدَ الرَّجُلَانِ عَلَيْهِ بِالْأَخْذِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِشَهَادَةِ الشُّرَيْكَيْنِ ، إِذَا كَانَا عَدْلَيْنِ ، وَيُشَارِكُهُمَا فِيمَا أَخَذَا مِنَ الْمَالِ ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ شَيْءٌ)

اغترض على الخرقى في هذه المسألة ، حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده ، مع أنه قد ذكر في باب العتق : إذا قال العبد لرجل : اشتري من سيدي هذا المال ، وأعتقني . فاشترأه بعين المال ، كان الشراء والعتق باطلاً^(١) ، ويكون السيد قد أخذ ماله^(٢) . وقد أجاب القاضي عن هذا الإشكال بوجوه ؛ منها ، أن يكون مكاتباً ، وقوله : يِعُونِي^(٣) نفسي بهذه . أى أعجل لكم الثلاثمائة ، وتضعون عني ما بقي من كتابتي . ولهذا ذكرها^(٤) في باب المكاتب . الثاني ، أن يكون المال في يد العبد لأجنبي قال له : اشتري نفسك بها . من غير أن يملكه إياها . الثالث ، أن يكون عتقاً بصيغة ، تقديره : إذا قبضنا منك^(٥) هذه الدراهم ، فأنت حر . الرابع ، أن يكون رضى / سادته ببيعه نفسه بما في يده ، ٢٥٨/١١ ط وفعلهم ذلك معه ، إعتاقاً^(٦) منهم له مشروطاً بتأديته^(٧) ذلك إليهم ، فتكون صورته صورة البيع ، ومعناه العتق بشرط الأداء ، كما لو قال : بعثك نفسك بخدمة بيتي سنة . فإن منافع

(١) في م : باطلين .

(٢) تقدم في : صفحة ٤١٠ .

(٣) في م زيادة : من .

(٤) في ب ، م : ذكرها .

(٥) في الأصل : منه .

(٦) في النسخ : إعتاق .

(٧) في الأصل : بتأديته .

مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهِ ، وَقَدْ صَحَّ هَذَا فِيهَا ، فَكَذَا ^(٨) هُنَا . وَهَذَا الْوَجْهَ أَظْهَرُهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ ، وَمَتَى أُمِكنَ حَمْلُ الْكَلَامِ عَلَى ظَاهِرِهِ ، لَمْ يَجُزْ تَأْوِيلُهُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ . وَإِذَا تَقَرَّرَ ^(٩) هَذَا ، فَمَتَى اشْتَرَى الْعَبْدُ نَفْسَهُ مِنْ سَادَتِهِ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يُخْرِجُهُ مِنْ مِلْكِهِمْ ، وَلَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ مِلْكٌ آخَرُ ، إِلَّا أَنَّهُ هُنَا لَا يَعْتَقُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَاهُ عَتَقًا مَشْرُوعًا بِالْقَبْضِ . وَهَذَا ^(١٠) قَالَ الْخِرَقِيُّ : فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا بِشَهَادَةِ الشَّرِيكَيْنِ اللَّذَيْنِ شَهِدَا ^(١١) بِالْقَبْضِ . وَلَوْ عَتَقَ بِالْبَيْعِ ، لَعَتَقَ بِاعْتِرَافِهِمْ بِهِ ، لَا بِالشَّهَادَةِ بِالْقَبْضِ . وَمَتَى أَلْكَرَ أَحَدُهُمْ أَخَذَ نَصِيْبَهُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ شَرِيكَاهُ ، وَكَانَا عَدْلَيْنِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا عَدْلَانِ شَهِدَا لِلْعَبْدِ بِإِدَاءِ مَا يَعْتَقُ بِهِ ، فَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ ، وَبَرَّجَعُ ^(١٢) الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ^(١٣) عَلَيْهِمَا فَيُشَارِكُهُمَا فِيمَا أَخَذَاهُ ؛ لِأَنَّهُمَا اعْتَرَفَا بِأَخْذِ مَا تَمَّتْ مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ ، وَالْعَبْدُ مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمْ ، فَثَمَنُهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ ، وَلِأَنَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ لَهُمْ ، وَالَّذِي أَخَذَاهُ كَانَ فِي يَدِهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَشْتَرِكَ ^(١٤) الْجَمِيعُ فِيهِ ، وَيَكُونُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَّةِ ، وَشَهَادَتُهُمَا فِيمَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ ، وَدَفْعُ مِشَارِكَتِهِ لَهَا فِيهِ نَفْعٌ لَهَا ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا فِيهِ ، وَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا فِيمَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْعَبْدُ ، دُونَ مَا يَنْتَفِعَانِ بِهِ ، كَالْوَأَقْرِ بِشَيْءٍ غَيْرِهَا لَهَا فِيهِ نَفْعٌ ، فَإِنْ إِقْرَارُهُمَا يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِمَا ، دُونَ مَا لَهَا . وَقِيَاسُ / الْمَذْهَبِ أَنْ لَا تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا عَلَى شَرِيكَيْهِمَا بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانِ بَهَا عَنْ أَنْفُسِهِمَا مَقْرَمًا ، وَمَنْ شَهِدَ ^(١٥) بِشَهَادَةٍ يَجْرُ ^(١٥) إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ فِي الْكُلِّ ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ ذَلِكَ فِي الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ الْعَدَالَهَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِيهِ ، وَالثَّهْمَةُ لَا تَمْنَعُ مِنْ صِحَّتِهِ ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ . فَعَلِيَ هَذَا الْقِيَاسُ ، يَعْتَقُ نَصِيْبُ الشَّاهِدَيْنِ بِإِقْرَارِهِمَا ، وَيَبْقَى نَصِيْبُ الْمَشْهُودِ

٢٥٩/١١

(٨) في م : فكان .

(٩) في ب ، م : تعذر .

(١٠) في م : وبهذا .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في الأصل : م ، : ورجع .

(١٣) سقط من : ب ، م .

(١٤) في الأصل : يشرك .

(١٥-١٥) في م : شهادة جر .

عليه مؤثوقاً على القبض ، وله مطالبة بتسليمه ، أو مشاركة صاحبه فيما أخذ . فإن شاركهما ، أخذ منهما ثلثي مائة ، ورجع على العبد بتمام المائة ، ولا يرجع المأخوذ منه ^(١٦) على الآخر بشيء ، لأنه إن أخذ من العبد ، فهو يقول : ظلمني ، وأخذ مني مرتين . وإن أخذ من الشاهدين ، فهما يقولان : ظلمنا ، وأخذ منا ما لا يستحقه علينا . ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه . وإن كانا غير عدلين ، ف كذلك ، سواء قلنا : إن شهادة العدلين مقبولة . أو لا ؛ لأن غير العدل لا تقبل شهادته ، وإنما يؤخذ بإقراره . وإن أنكر الثالث البتة ، فتسليمه باق على الرق ، إذا حلف ، إلا أن يشهدا عليه بالبيع ، ويكونا ^(١٧) عدلين ، فتقبل شهادتهما ؛ لأنهما لا يجزان إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعا .

فصل : وإذا كان العبد بين شريكين ، فكاتباه بمائة ، فادعى دفعها إليهما ، وصدقه ، عتق . فإن أنكر ، أو لم تكن بيته ، فالقول قولهما مع أيما منهما . وإن أقر أحدهما ، وأنكر الآخر ، عتق نصيب المقر ، وأما المنكر ، فعلى قول الجرجي ، تقبل شهادة شريكه عليه ، إذا كان عدلاً ، فيحلف العبد مع شهادته ، ويصير حراً ، ويرجع المنكر على الشاهد ، فيشاركه فيما أخذه . وأما القياس ، فيقتضي أن لا نسمع شهادة شريكه عليه ؛ لأنه يدفع بشهادته عن نفسه / مقرماً ، والقول قول سيده ^(١٨) مع يمينه ، ٢٥٩/١١ ط فإذا حلف ، فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به ، وهو خمسة وعشرون ؛ لأن ما قبضه كسب العبد ، وهو مشترك بينهما . فإن قيل : فالمنكر ينكر قبض شريكه ، فكيف يرجع عليه ؟ قلنا : إنما ينكر قبض نفسه ، وشريكه مقر بالقبض ، ويجوز أن يكون قد قبض ، فلم يعلم به ، وإذا أقر بمصوّر ، لزمه حكم إقراره ، ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه . فإن قيل : لو كان عليه دين لاثنتين ، فوفى أحدهما ، لم يرجع الآخر على شريكه ، فلم يرجع ^(١٩) ههنا ؟ قلنا : إن كان الدين ثابتاً بسبب واحد ، فما قبض أحدهما منه ، رجع ^(٢٠) الآخر عليه به ، كمسألتنا ، وعلى أن هذا يفارق الدين ، لكون الدين

(١٦) في الأصل ، ١ ، ب زيادة : منهم .

(١٧) في ١ ، ب ، م ، ١ : ويكونان .

(١٨) في الأصل : السيد .

(١٩) في م : يرجع .

(٢٠) في م : يرجع .

لَا يَتَعَلَّقُ بِمَا فِي يَدِ الْغَرِيمِ ، إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ فَحَسْبُ ، وَالسَّيِّدُ يَتَعَلَّقُ حَقَّهُ بِمَا فِي يَدِ الْمُكَاتَّبِ ، فَلَا يَنْدَفَعُ شَيْئًا مِنْهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، إِلَّا كَانَ حَقُّ الْآخَرِ ثَابِتًا فِيهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ رَجَعَ عَلَى الْعَبْدِ بِخَمْسِينَ ، اسْتَقَرَّ مِلْكُ الشَّرِيكِ فِيهِ عَلَى مَا أَخَذَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعِ الْعَبْدُ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَبَضَ حَقَّهُ . وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ ، وَعَلَى الْعَبْدِ بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ عَجَزَ الْعَبْدُ عَنْ أَدَاءِ مَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَلَهُ تَعَجُّزُهُ وَاسْتِزْقَاةُ ، وَيَكُونُ نِصْفُهُ حُرًّا ، وَنِصْفُهُ رَقِيقًا ، وَيَرْجِعُ^(٢١) عَلَى الشَّرِيكِ بِنِصْفِ مَا أَخَذَهُ ، وَلَا تَسْرِي الْحُرِّيَّةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ وَالْعَبْدَ يَعْتَقِدَانِ أَنَّ^(٢٢) الْحُرِّيَّةَ ثَابِتَةٌ فِي جَمِيعِهِ ، وَأَنَّ هَذَا الْمُنْكَرَ غَاصِبٌ لِهَذَا النَّصِيفِ الَّذِي اسْتَرْقَاهُ ، ظَالِمٌ بِاسْتِزْقَاةِ ، وَالْمُنْكَرُ يُدْعَى رِقُّ الْعَبْدِ جَمِيعِهِ ، وَلَا يَعْتَرِفُ بِحُرِّيَّةِ شَيْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُزْعَمُ أَنَّنِي مَا قَبِضْتُ نِصْبِي مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَشَرِيكِي إِنْ قَبِضَ شَيْئًا فَقَدْ^(٢٣) قَبِضَ شَيْئًا^(٢٤) اسْتَحَقَّ نِصْفَهُ بِغَيْرِ إِذْنِي ، فَلَا يَعْتِقُ شَيْءٌ مِنْهُ بِهَذَا الْقَبْضِ . وَسَرَايَةُ الْعِتْقِ مُتَعَتَّةٌ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ إِذَا تَكُونُ فِيهَا إِذَا عَتَقَ بَعْضُهُ وَبَقِيَ بَعْضُهُ رَقِيقًا ، وَجَمِيعُهُمْ يَتَّفِقُونَ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ . وَهَذَا مَنْصُوصٌ^(٢٥) الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّهُ دَفَعَ الْمِائَةَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، لِيَدْفَعَ إِلَى شَرِيكِهِ حَقَّهُ ، وَيَأْخُذَ الْبَاقِي ، وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، حَلَفَ ، وَبَرِيَ^(٢٦) . وَإِنْ قَالَ : إِنَّمَا دَفَعْتُ إِلَيْ حَقِّي ، وَإِلَى شَرِيكِي حَقَّهُ . وَلَا يَتَنَزَّحُ لِلْعَبْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فِي أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ إِلَّا قَدْرَ حَقِّهِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا نِزَاعَ بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ شَيْئًا ، وَلَهُ مَطَالَبَةُ الْعَبْدِ بِجَمِيعِ حَقِّهِ ، وَلَهُ مَطَالَبَتُهُ بِنِصْفِهِ ، وَمَطَالَبَةُ^(٢٧) الْقَابِضِ بِنِصْفِ مَا قَبِضَهُ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ مَطَالَبَةَ

(٢١) ق : م : رَجَعَ ؛ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣-٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٥) ق : م : الْمَنْصُوصُ عَنْ ؛ .

(٢٦) ق : م : وَإِذَا ؛ .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ ؛ : فِطَالِهِ ؛ .

العبد ، فله القَبْضُ منه بغير يَمِينٍ ، وإن اِختَارَ الرُّجُوعَ على شَرِيكِه بِنَصْفِهِ ، فللشَّرِيكِ عليه الِيجِينُ أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ مِنَ الْمَكَاثِبِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقْرَبَ ذَلِكَ ، لَسَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الرُّجُوعِ ، فَإِذَا أَنْكَرَهُ ، لَزِمَتْهُ الِيجِينُ . فَإِنْ شَهِدَ الْقَائِضُ عَلَى شَرِيكِه بِالْقَبْضِ ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ لِمَعْنَتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْمَكَاثِبَ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ إِذَا شَهِدَتْ بِصِدْقِ الْمُدَّعِي . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهِ مَقْرَمًا ، فَإِنْ عَجَزَ الْعَبْدُ ، فَلِغَيْرِ الْقَائِضِ أَنْ يَسْتَرْقِيَ نَصْفَهُ ، وَيَقُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِه ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مُعْتَرَفٌ بِرَقِّهِ ، غَيْرُ مُدَّعٍ لِحُرِّيَّةِ هَذَا النَّصِيبِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُقَوْمَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْقَائِضَ يَدَّعِي حُرِّيَّةَ جَمِيعِهِ ، وَالْمُنْكَرُ يَدَّعِي مَا يُوجِبُ رَقِّ جَمِيعِهِ ، فَإِنَّهُمَا يَقُولَانِ : مَا (٢٧) قَبْضُهُ قَبْضُهُ (٢٧) بغيرِ حَقٍّ ، فَلَا يَغْنِي قَبْضُهُ حَتَّى يُسَلَّمَ إِلَى مِثْلِ مَا سَلَّمَ إِلَيْهِ . وَإِنْ (٢٨) كَانَ أَحَدُهُمَا يَدَّعِي رَقِّ جَمِيعِهِ ، وَالْآخَرُ يَدَّعِي حُرِّيَّةَ جَمِيعِهِ ، فَمَا / اتَّفَقَا عَلَى حُرِّيَّةِ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ . ٢٦٠/١١ ظ

فصل : وَإِنْ اعْتَرَفَ الْمُدَّعِي [عَلَيْهِ] (٢٩) بِقَبْضِ الْمَائَةِ ، عَلَى الرَّجُلِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْمَكَاثِبُ ، وَقَالَ : قَدْ دَفَعْتُ إِلَى شَرِيكِ نَصْفَهَا . فَأُنْكَرَ الشَّرِيكُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَهُ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ حَقِّهِ ، وَلِلْمَرْجُوعِ عَلَيْهِ أَنْ يُحْلِفَهُ . فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الشَّرِيكِ ، فَأَخَذَ مِنْهُ خَمْسِينَ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِقَبْضِ الْمَائَةِ كُلِّهَا ، وَيَعْتَقُ الْمَكَاثِبُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرَ حَقِّهِ مِنَ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَرْجِعُ الشَّرِيكُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ لَهُ بِأَدَاءِ مَا عَلَيْهِ ، وَبِرَاءَتِهِ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يَزْعُمُ أَنَّ شَرِيكَه ظَلَمَهُ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ . وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْعَبْدِ ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْخَمْسِينَ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ مَا قَبِضَ شَيْئًا مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَلِلْعَبْدِ الرُّجُوعُ عَلَى الْقَائِضِ بِهَا ، سَوَاءً صَدَّقَهُ فِي دَفْعِهَا إِلَى الْمُنْكَرِ أَوْ كَذَبَهُ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ دَفَعَهَا فَقَدْ دَفَعَهَا دَفْعًا غَيْرَ مُبَرٍّ ، فَكَانَ مُفْرَطًا . وَيَعْتَقُ الْعَبْدُ بِأَدَائِهَا ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَدَائِهَا ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنَ الْقَائِضِ ، ثُمَّ يُسَلِّمَهَا ، فَإِنْ تَعَدَّرَ ذَلِكَ ، فَلَهُ تَعْجِيزُهُ ، وَاسْتِزْقَاؤُ نَصْفِهِ ، وَمُشَارَكَةُ الْقَائِضِ فِي الْخَمْسِينَ الَّتِي قَبِضَهَا عِوَضًا عَنْ نَصِيبِهِ ، وَيَقُومُ عَلَى الشَّرِيكِ الْقَائِضُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ يُصَدِّقُهُ فِي دَفْعِ الْخَمْسِينَ إِلَى

(٢٧-٢٧) ق ب : : قبضته .

(٢٨) ق م : : وإذا .

(٢٩) تكملة يصح بها المعنى .

شريكه ، فلا يَقُومُ ؛ لَأَنَّهُ يَتَعَرَّفُ أَنَّهُ حُرٌّ ، وَأَنَّ هَذَا ظَلَمَهُ بِاسْتِزْقَاقِ يَنْصِفِهِ الْحُرُّ . وَإِنْ أَمَكَّنَ الرَّجُوعُ عَلَى الْقَابِضِ بِالْخَمْسِينَ ، وَدَفَعَهَا إِلَى الْمُتَكَبِّرِ ، فَاثْمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ ، فَهَلْ يُمْلِكُ الْمُتَكَبِّرُ تَعْجِيزَهُ وَاسْتِزْقَاقَ يَنْصِفِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ فِي تَعْجِيزِ الْعَبْدِ نَفْسَهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَدَاءِ ، إِنْ قُلْنَا : لَهُ ذَلِكَ . فَلِلْمُتَكَبِّرِ اسْتِزْقَاقُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . فَلَيْسَ لِلْمُتَكَبِّرِ اسْتِزْقَاقُهُ ؛ لَأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الْأَدَاءِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا يَرْجِعُ الْمُتَكَبِّرُ عَلَى الْقَابِضِ يَنْصِفُ مَا قَبِضَهُ / ، إِذَا اسْتَرْقَى يَنْصِفَ الْعَبْدَ ؟ قُلْنَا : لَأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ عَلَيْهِ بِهَا لَكَانَ (٣٠) قَابِضًا جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْ مَالِ الْكَتَابَةِ ، فَيُتَّقَى الْمُكَاتَبُ بِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّرَ قَبْضُهَا فِي نُجُومِهَا ، فَتُفْسَخَ الْكَتَابَةُ ، ثُمَّ يُطَالَبُ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ لَهُ الرَّجُوعُ يَنْصِفُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ غَائِبَةً فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَتَعَدَّرَ تَسْلِيمُهَا حَتَّى فُسِّحَتْ الْكَتَابَةُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٠٠٤ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ : كَاتِبْتُكَ عَلَى الْقَيْنِ . وَقَالَ الْعَبْدُ : عَلَى أَلْفٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ)

قال القاضي : هذا المذهب . نصَّ عليه أحمد ، رضي الله عنه ، في رواية الكُوسِجِ . وهو قول الثَّوْرِيِّ ، والأَوْزَاعِيِّ ، وإسحاق . وقال أبو بكر : اتَّفَقَ أَحْمَدُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، عَلَى أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ ، وَيُرَادَانِ . وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ؛ لَأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي عَوَضِ الْعَقْدِ الْقَائِمِ بَيْنَهُمَا ، فَيَتَحَالَفَانِ إِذَا لَمْ تُكُنْ بَيِّنَةٌ ، كَالْمُتَبَايِعِينَ . وحكى عن أحمد ، رضي الله عنه ، رواية ثالثة ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ . وهو قول أبي حنيفة ؛ لَأَنَّهُ مُتَكَبِّرٌ لِلْأَلْفِ الزَّائِدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ (١) الْمُتَكَبِّرِ ، وَلَأَنَّهُ مُدَّعَى (٢) عَلَيْهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » (٣) . وَلَنَا ، أَنَّهُ اخْتِلَافٌ فِي (٤) الْكَتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ فِيهِ (٥) ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا ، وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

(٣٠) في م : « كان » .

(١) في م : « على » .

(٢) في الأصل : « يدعى » .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَيْعِ عَدَمُ مِلْكٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا صَارَ إِلَيْهِ ، وَالْأَصْلُ فِي الْمُكَاتَبِ وَكَسْبُهُ أَنَّهُ لِسَيِّدِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ التَّحَالُفَ فِي الْبَيْعِ مُفِيدٌ ، وَلَا فَائِدَةَ فِي التَّحَالِفِ فِي الْكِتَابَةِ ؛ فَإِنَّ الْحَاصِلَ مِنْهُ يَحْصُلُ يَمِينُ السَّيِّدِ وَخَدَهُ ، وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَاصِلَ بِالتَّحَالِفِ فَسُخِّ الْكِتَابَةِ ، وَرُدُّ الْعَبْدِ إِلَى الرُّقِّ ، إِذَا لَمْ يَرْضَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ ، وَهَذَا يَحْصُلُ مِنْ جَعْلِ الْقَوْلِ قَوْلَ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَلَا يَشْتَرَعُ التَّحَالُفُ مَعَ عَدَمِ فَائِدَتِهِ ، وَإِنَّمَا قَدْ مَنَّا قَوْلَ ٢٦١/١١ ظ الْمُنْكَرِ فِي سَائِرِ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَالْأَصْلُ هُنَا مَعَ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مِلْكُهُ الْعَبْدَ وَكَسْبُهُ ، فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمَتَى حَلَفَ السَّيِّدُ ، ثَبَتَ الْكِتَابَةُ بِالْقَيْنِ ، كَمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَيْهِمَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا قَبْلَ الْعِتْقِ أَوْ بَعْدَهُ ، مِثْلُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ الْفَقِيرَ فَيُعْتِقَ ، ثُمَّ يَدْعَى الْمُكَاتَبُ أَنْ أَحَدَهُمَا عَنِ الْكِتَابَةِ ، وَالْآخَرُ وَدِيعَةً ، وَيَقُولُ السَّيِّدُ : بِلَ (٦) هُمَا جَمِيعًا مَالُ الْكِتَابَةِ . وَمَنْ قَالَ بِالتَّحَالِفِ ، قَالَ : إِذَا تَحَالَفَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسُخُّ الْكِتَابَةِ ، لِأَنَّ يَرْضَى بِقَوْلِ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ كَانَ التَّحَالُفُ بَعْدَ الْعِتْقِ فِي مِثْلِ الصُّورَةِ (٧) الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، لَمْ تَرْفَعِ الْحُرِّيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهَا بَعْدَ حُصُولِهَا ، وَلَا إِعَادَةُ الرُّقِّ بَعْدَ رَفْعِهِ ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ السَّيِّدُ بِقِيَمَتِهِ ، وَيُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَدَّى إِلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، تُقَاصَا بِقَدْرِ أَقْلَهُمَا ، وَتُأْخَذُ ذُو الْفَضْلِ فَضْلُهُ .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي آدَاءِ التَّجَرُّمِ ، فَقَالَ الْمُكَاتَبُ : أَذْبْتُ ، وَعَتَقْتُ . وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ (٨) . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي إِبْرَائِهِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَانِ ، وَاسْتَوْفَى مِنْ أَحَدِهِمَا ، وَلَمْ يَذَرِ مِنْ أُيَّهِمَا اسْتَوْفَى ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْآخَرُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا مِنْ عِبِيدِهِ وَأَنْسَاهُ . فَإِنْ ادَّعَى الْآخَرُ عَلَيْهِ أَنَّهُ أَدَّى ، فَعَلِيهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ مَا أَدَّى

(٦) سقط من : ب ، م .

(٧) ق م : د الصور .

(٨) سقط من : الأصل ، ا ، م .

إليه^(٩) . فَإِنْ نَكَلَ ، عَتَقَ الْآخَرَ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْفُرْعَةِ ، أَفْرَعَ الْوَرَثَةُ . فَإِنْ أَدْعَى الْآخَرَ عَلَيْهِمْ أَنَّهُ الْمُؤَدَّى ، فعَلَيْهِمُ الْيَمِينُ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ أَدَّى ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى نَفْسِي فِعْلُ الْغَيْرِ . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَدَّى ، عَتَقَ ، سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ / الْفُرْعَةِ^(١٠) أَوْ بَعْدَهَا ، فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ^(١١) أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْفُرْعَةِ^(١٢) تَعَيَّنَتِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ ، وَرَقِيَ الْآخَرُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْفُرْعَةَ لَيْسَتْ عِتْقًا ، وَإِنَّمَا هِيَ مُعَيَّنَةٌ لِلْعِتْقِ ، وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا ، فَيُثَبَّتُ^(١٣) بِهَا خَطَأُ الْفُرْعَةِ ، فَيَتَبَيَّنُ^(١٤) بَقَاءُ الرَّقِ فِي الذِّي ظَنَّنَا حُرِّيَّتَهُ ، كَمَا تَبَيَّنَتْ حُرِّيَّةُ مَنْ ظَنَّنَا رَقَهُ ، وَلَئِنْ مَنْ لَمْ يُوَدَّ ، لَا يَصِيرُ مُؤَدَّىًا بِوُقُوعِ الْفُرْعَةِ لَهُ ، فَلَا يُوجَدُ حُكْمُهُ الذِّي^(١٥) هُوَ الْعِتْقُ . وَيَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ بَكْرٍ ، وَابْنِ حَامِدٍ ، أَنَّ يَعْتَقًا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ^(١٦) . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا ذَكَرَ السَّيِّدُ الْمُؤَدَّى مِنْهُمَا ، وَمَنْ أَدْعَى الْآخَرَ أَنَّهُ أَدَّى ، فَهُوَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ كَانَ السَّيِّدُ أَوْ وَرَثَتُهُ ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ السَّيِّدَ ، فَالْيَمِينُ عَلَى الْبَيْتِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى وَرَثَتِهِ ، فَالْيَمِينُ عَلَى نَفْسِي الْعِلْمِ ، لِأَنَّ يَدْعَى الْإِدَاءَ إِلَيْهِمْ ، فَتَكُونُ أَيْمَانُهُمْ عَلَى الْبَيْتِ أَيْضًا . وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ يَمِينٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُدَّعَى^(١٧) عَلَيْهِ ، فَلَزِمَتْهُ الْيَمِينُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِاللَّدْعَاوَى .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِلْمُكَاتِبِ أَوْلَادٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ آخَرَ غَيْرِ سَيِّدِهِ ، فَقَالَ سَيِّدُهُ : قَدْ أَدَّى إِلَيَّ ، وَعَتَقَ ، فَانْتَجَرُ وَلَاءُ وَلَدِهِ إِلَيَّ . فَأَنْكَرَ ذَلِكَ مَوْلَى أُمِّهِمْ ، وَكَانَ الْمُكَاتِبُ حَيًّا ، فَقَدْ صَارَ خُرَابُ هَذَا الْقَوْلِ ؛ فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْ سَيِّدِهِ بِعِتْقِهِ ، وَيَنْتَجَرُ وَلَاءُ وَلَدِهِ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ،

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠-١١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١١) في م : « السيد » .

(١٢) في ب ، م : « ثبت » .

(١٣) في ب ، م : « فبين » .

(١٤) في أ : « للذي » . وفي ب : « بالذي » .

(١٥) تقدم في ١٠٥/٥٢٥ .

(١٦) في ب ، م : « يدهي » .

فَالْقَوْلُ قَوْلٌ ^(١٧) مَوْلى أُمَّهُم ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الرُّقُ ، وَبَقَاءُ وَلَا يَتَّبِعُهُمْ لَهُ ، فَيُحْلِفُ ، وَيَتَّقَى وَلَا يُؤْمَرُ لَهُ .

٢٠٠٥ - مسألة : قال : (وَإِذَا أُعْتِقَ الْأَمَةُ ، أَوْ كَاتِبُهَا ، وَشَرَطَ مَا فِي بَطْنِهَا ، أَوْ أُعْتِقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونَهَا ، فَلَهُ شَرْطُهَا ^(١))

رَوَى نَحْوُ هَذَا الْقَوْلَ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : لَهُ مَا اسْتَتْنَى . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ : إِذَا اسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ، فَلَهُ ثَنِيَّتَاهُ ^(٢) . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْجَنِينِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الثَّنِيَّةِ إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ ^(٣) . وَلَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ^(٤) اسْتِثْنَاؤُهُ فِي الْبَيْعِ ، فَلَا يَصِحُّ ^(٥) فِي الْعِتْقِ ، كِبَعْضِ أَعْضَائِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَلَمْ نَعْلَمْ لَهَا مَخَالِفًا فِي الصَّحَابَةِ . قَالَ أَحْمَدُ : أَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ فِي الْعِتْقِ ، وَلَا أَذْهَبُ إِلَيْهِ فِي الْبَيْعِ . وَقَدْ رَوَى الْأَنْزَمِيُّ / ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ أُعْتِقَ جَارِيَةً ، وَاسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ^(٦) . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، ^(٧) ٢٦٢/١١ ظ
قال : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(٨) . وَهَذَا قَدْ شَرَطَ مَا فِي بَطْنِ مُعْتَقِهِ ، فَكَانَ لَهُ بِمُقْتَضَى الْخَبَرِ . وَلَا أَنَّهُ يَصِحُّ إِفْرَادُهُ ^(٩) بِالْعِتْقِ ، فَصَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ ^(١٠) كَالْمُتَّفَصِّلِ ^(١١) . وَأَمَّا خَبَرُهُمْ ، فَنَقُولُ بِهِ ، وَالْحَمْلُ مَعْلُومٌ ، فَصَحَّ ^(١٢) اسْتِثْنَاؤُهُ ^(١٣) بِمُقْتَضَى الْحَدِيثِ ، وَيُفَارِقُ

(١٧) سقط من : الأصل .

(١) في ب ، م : « الشرط » .

(٢) في م : « استثنائه » .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ١٣١/٦ ، ١٣٢ .

(٤-٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥) تقدم في : ١٧٥/٦ .

وانظر ما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يعتق أمته ويستثنى ما في بطنها ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ١٥٤/٦ .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٠/٦ .

(٧) في ب ، م : « إفراده » .

(٨-٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في م : « فيصح » .

الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ ^(١١) عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ ، يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعِلْمُ بِصِفَاتِ الْعَوَضِ ؛ لِيُعْلَمَ هَلْ هُوَ قَائِمٌ مَقَامَ الْعَوَضِ ^(١٢) أَمْ لَا ؟ وَالْعِتْقُ تَبَرُّعٌ لَا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ عَلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِ الْمُعْتَقِ . وَلَا تُنَافِيهِ الْجِهَالَةُ بِهَا ، وَيَكْفِي الْعِلْمُ بِوُجُودِهِ ، وَقَدْ عُلِمَ ذَلِكَ ، وَلِذَلِكَ صَحَّ إِفْرَادُ الْحَمْلِ بِالْعِتْقِ ، وَلَمْ يَصِحَّ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، ^(١٣) وَلِأَنَّ اسْتِثْنَاءَهُ فِي الْبَيْعِ ^(١٤) إِذَا بَطَلَ ، بَطَلَ ^(١٥) الْبَيْعُ كُلُّهُ ، وَهَهُنَا إِذَا بَطَلَ اسْتِثْنَاؤُهُ ^(١٦) ، لَمْ يَبْطُلِ الْعِتْقُ فِي الْأُمَةِ ، وَيَسْرِي الْإِغْتَاقُ إِلَيْهِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ الْخَافَةُ ^(١٧) مَعَ تَضَادُّ الْحُكْمِ فِيهِمَا ؟ وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى بَعْضِ أَعْضَائِهَا ؛ لِأَنَّ الْعُضْوَ لَا يُتَصَوَّرُ إِفْرَادُهُ ^(١٨) بِالرَّقِّ أَوْ الْحُرِّيَّةِ ^(١٩) دُونَ الْجُمْلَةِ ^(٢٠) ، وَلِذَلِكَ ^(٢١) لَوْ أُعْتِقَ عُضْوٌ مِنْ أُمِّيَّةٍ ، صَارَتْ كُلُّهَا حُرَّةً ، فَإِذَا أُعْتِقَ ^(٢٢) بَعْضُهَا ، سَرَى إِلَى الْمُسْتَتَنِي ، وَالْوَلَدُ حَيَوَانٌ مُتَفَرِّدٌ ، لَوْ أُعْتِقَهُ لَمْ تَسِرِ الْحُرِّيَّةُ إِلَى أُمِّهِ ، وَيَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنْ أُمِّهِ ، فِيمَا إِذَا أُعْتِقَهُ دُونُهَا ، وَفِي وَلَدِ الْمَغْرُورِ بِحُرِّيَّةِ أُمِّهِ ، وَفِيمَا إِذَا وَطِئَ بِشَبَّهَةٍ ، وَفِي وَلَدِ أُمِّ الْوَلِيدِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَلَا ^(٢٣) يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي بَعْضِ الْأَعْضَاءِ ، وَلِأَنَّ الْوَلَدَ يَرِثُ وَيُورَثُ ، وَيُوصَى بِهِ وَهُوَ ، وَإِذَا قُتِلَ كَانَ بِذَلِكَ مُزَوَّرًا ، وَلَا تَخْتَصُّ بِهِ أُمُّهُ ، وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِقَتْلِهِ ، وَالذِّيَّةُ فِي مُقَابَلَتِهِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى أَعْضَائِهَا ؟ فَأَمَّا إِنْ أُعْتِقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونُهَا ، فَلَا أَعْلَمُ خِلَافًا فِيهِ . قَالَ إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ : سُئِلَ سُفْيَانُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ : مَا فِي بَطْنِيكَ حُرٌّ . قَالَ : هُوَ حُرٌّ ، وَالْأُمُّ مَمْلُوكَةٌ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا مِنْهَا ، وَلَيْسَتْ هِيَ مِنْ وَلَدِهَا . قَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ : جَيِّدٌ .

(١١) في م : فإنه .

(١٢) في الأصل : العرض . وفي ب ، م : العوض .

(١٣-١٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل : استثناءه .

(١٧) في م : إعتاقه . وفي الأصل زيادة : به .

(١٨) في أ ، ب ، م : انفراده .

(١٩) في م : والحرية .

(٢٠) في م : الحمل .

(٢١) في أ ، ب ، م : وكذلك .

(٢٢) في ب ، م : عتق .

(٢٣) سقطت الواو من : ب ، م .

وقال مُهتًا : سَأَلْتُ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنْ رَجُلٍ رَوَّجَ أُمَّتَهُ ، فَقَالَتْ : قَدْ حَبِلْتُ .
فَقَالَ لَهَا مَوْلَاهَا : مَا فِي بَطْنِكَ حَرٌّ . وَلَمْ تُكُنْ حَامِلًا . قَالَ : لَا تَعْتَقُ . فَأَعَدْتُ^(٢٣) عَلَيْهِ
الْقَوْلَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَقَالَ / : لَا يَكُونُ شَيْءٌ ، إِلَّا مَا أَرَادَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ شَيْءٌ . قَالَ ٢٦٣/١١
الْمَرْوُذِيُّ : وَسُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ رَجُلٍ أَغْتَقَ عَبْدًا لَهُ ، وَاسْتَتْنَى^(٢٤) خِدْمَتَهُ شَهْرًا ،
فَقَالَ : جَائِزٌ .

٢٠٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَأْسَ أَنْ يُعَجَّلَ الْمُكَاتِبُ لِسَيِّدِهِ^(١) بَعْضَ
كِتَابَتِهِ^(٢) ، وَيَضَعُ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ)

وجعلته أنه إذا كاتبه على ألف في نجمين إلى سنة ، ثم قال : عَجَّلْ لِي خَمْسَمِائَةٍ مِنْهُ ،
حَتَّى أَضَعَّ عَنْكَ الْبَاقِيَّ ، أَوْ حَتَّى أُبْرِتَكَ مِنَ الْبَاقِي . أَوْ قَالَ : صَلِّ الْخِنْيَ مِنْهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ
مُعْجَلَةً . جَازَ ذَلِكَ . وَبِهِ يَقُولُ طَاوُسٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالتَّحْمِي ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَكَرِهَهُ
الْحَسَنُ ، وَابْنُ سَيْرِينَ ، وَالشَّعْبِيُّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَبْعُ الْأَلْفَ
بِخَمْسِمِائَةٍ ، وَهُوَ رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ ، وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ فِي الدِّينِ لِأَجْلِ الْأَجَلِ ، وَهَذَا أَيْضًا هَبَةٌ ، وَلِأَنَّ
هَذَا لَا يَجُوزُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ ، وَالرِّبَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُكَاتِبِ وَسَيِّدِهِ ، فَلَمْ يَجَزْ هَذَا بَيْنَهُمَا ،
كَالْأَجَانِبِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، وَلَا هُوَ دَيْنٌ صَحِيحٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ
عَلَى أَدَائِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ أَدَائِهِ ، وَلَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهِ ، وَمَا يُؤَدِّيهِ إِلَى سَيِّدِهِ كَسَبُ غَيْدِهِ ،
وَأِنَّمَا جَعَلَ الشَّرْعُ هَذَا الْعَقْدَ وَسِيلَةً إِلَى الْعِتْقِ ، وَأَوْجَبَ فِيهِ التَّأْجِيلَ مُبَالَغَةً فِي تَحْصِيلِ
الْعِتْقِ ، وَتَحْفِيفًا عَنِ الْمَكَاتِبِ ، فَإِذَا أَمَكَّنَهُ التَّعْجِيلُ عَلَى وَجْهِ يُسْقِطُ^(٣) عَنْهُ بَعْضَ^(٤) مَا
عَلَيْهِ ، كَانَ أَهْلًا لِقَبُولِ الْعِتْقِ ، وَأَخْفَ عَلَى الْعَبْدِ ، وَيَحْصُلُ مِنَ السَّيِّدِ إِسْقَاطُ

(٢٣) ق م : فأعدت ؛ .

(٢٤) ق ب ، م زيادة : منه ؛ .

(١-١) سقط من : أ ب .

(٢) ق ب : سقط ؛ .

(٣) سقط من : ب .

بعضي^(٤) ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط ما أوجب عليه من الأجل لمصلحته ، ويُفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويُفارق الأجانب من حيث إن هذا عبده ، فهو أشبه بعبده القن . وأما^(٥) قولهم : إن الربا يجري بينهما . فتمنعه على ما ذكر ابن أبي موسى ، وإن سلمنا^(٦) ، فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه ، وهذا يخالف ربا الجاهلية ، فإنه إسقاط لبعض الدين ، وriba الجاهلية زيادة في الدين ، وriba الجاهلية يُفضى إلى نفاذ مال المدين^(٧) ، ويُحمله من الدين ما يعجز عن وفائه ، فيحبس من أجله ، ويؤسر به ، وهذا يُفضى إلى تعجيل / عتي المكاتب ، وتخليصه من الرق ، والتخفيف عنه ، فافترقا .

فصل : فإن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين ، مثل أن يكاتبه على ألف ، في نجمين ، إلى سنة ، يؤدى في نصفها خمسائة ، وفي آخرها الباقي ، فيجعلها إلى سنتين بألف ومائتين ، في كل سنة ستمائة ، أو مثل أن يحل عليه نجم ، فيقول : أخرني به إلى كذا ، وأزيدك كذا . فيحتمل أنه لا يجوز ؛ لأن الدين المؤجل إلى وقت ، لا يتأخر أجله عن وقته بائناقيهما عليه ، ولا يتغير أجله بتغييره ، وإذا لم يتأخر عن وقته ، لم تصح الزيادة التي في مُقابلته ، ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم ، وهو الزيادة في الدين للزيادة في الأجل ، ويُفارق المسألة^(٨) الأولى من هذين الوجهين . فإن قيل : فكما أن الأجل لا يتأخر ، كذلك لا يتعجل ، ولا يصير الدين المؤجل حالا ، فلم جاز في المسألة الأولى ؟ قلنا : إنما جاز في المسألة الأولى بالتعجيل فعلا ، فإنه إذا دفع إليه الدين المؤجل قبل محله ، جاز ، وجاز^(٩) للسيد إسقاط باقي حقه عليه ، وفي هذه المسألة يأخذ أكثر مما رقع عليه العقد ، فهو ضد المسألة الأولى ، وهو مُمتنع^(١٠) من وجه آخر ؛ لأن في ضمن الكتابية ،

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقطت « أما » من : م .

(٦) ق م : « سلمناه » .

(٧) في الأصل : « الملمة » .

(٨) ق م نهاية : « إلى » .

(٩) ق م : « منع » .

إِنَّكَ مَتَى أَذْبَتَ إِلَيَّ كَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فإذا أَدَّى إِلَيْهِ ذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُعْتَقَ ، فَإِنْ قِيلَ :
 فإذا غَيَّرَ الْأَجَلَ وَالْعَوَضُ ، فَكَأَنَّهُمَا فَسَخَا الْكِتَابَةَ الْأُولَى ، وَجَعَلَاهَا كِتَابَةً ثَانِيَةً . قُلْنَا : لِمَ
 يَجْرِي بَيْنَهُمَا فَسَخٌ ، وَإِنَّمَا قَصَدَا تَغْيِيرَ الْعَوَضِ وَالْأَجْلِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَصِحُّ ، قَبْلُ ^(١٠)
 التَّغْيِيرِ وَبَقِيَ ^(١١) الْعَقْدُ بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . فَعَلِيَ هَذَا ،
 لَوْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ . ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ، كَانَ ^(١٢) لَهُ الرُّجُوعُ . وَكَذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، لَوْ
 قَالَ : أَعْجَلْ لَكَ مَالُ الْكِتَابَةِ ، وَتُسْقِطُ عَنِّي مِنْهُ كَذَا ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ
 التَّعْجِيلِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الدَّيْنَ الْمُوَجَّلَ لَا يَتَأَخَّرُ عَنْ أَجَلِهِ وَلَا يَتَقَدَّمُ ،
 وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يُؤَدِّيَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَلَمَنْ لَهُ الدَّيْنُ تَرَكَ قَبْضَهُ فِي مَحَلِّهِ ، وَكَذَلِكَ إِلَى اخْتِيَارِهِ ، فَإِذَا
 وَعَدَ بِهِ ثُمَّ رَجَعَ قَبْلَ الْفِعْلِ ، فَلَهُ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ صَالَحَ الْمُكَاتِبُ سَيِّدَهُ عَمَّا / فِي ذِمَّتِهِ بِغَيْرِ جَنْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُصَالِحَهُ عَنْ ٢٦٤/١١
 التَّقْوِدِ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ ، جَازٍ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى شَيْءٍ مُوَجَّلٍ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ يَبِيعُ
 ذَيْنَ بَدَنَيْنِ . وَإِنْ صَالَحَهُ عَنِ الدَّرَاهِمِ بَدَنَانَيْنِ ، أَوْ عَنْ ^(١٣) الْحِنْطَةِ بِشَعِيرٍ ، لَمْ يَجْزِ
 التَّفَرُّقُ ^(١٤) قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَيُشْتَرَطُ لَهُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ . وَقَالَ
 الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هَذِهِ الْمُصَالِحَةُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ هَذَا ذَيْنَ مِنْ شَرْطِهِ التَّأْجِيلُ ،
 فَلَمْ تَجْزِ الْمُصَالِحَةُ عَلَيْهِ بِغَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ ذَيْنَ غَيْرِ مُسْتَقَرٍّ ، فَهُوَ كَذَيْنِ السَّلَامِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي
 مُوسَى : لَا يَجْرِي الرِّبَا بَيْنَ الْمُكَاتِبِ وَسَيِّدِهِ . فَعَلِيَ قَوْلُهُ ، تَجُوزُ الْمُصَالِحَةُ كَيْفَمَا
 كَانَتْ ، كَمَا يَجُوزُ ذَلِكَ بَيْنَ الْعَبْدِ الْقَيْنِ وَسَيِّدِهِ . وَالْأُولَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَيفَارِقُ ذَيْنَ الْكِتَابَةِ ذَيْنَ
 السَّلَامِ ؛ فَإِنَّهُ يَفَارِقُ سَائِرَ الدُّيُونِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَمُفَارَقَتُهُ لَذَيْنِ السَّلَامِ أَعْظَمُ .
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٠) فِي أ ، ب ، م : فِي بَطْل .

(١١) فِي م : يَبْقَى .

(١٢) فِي ب ، م : فَإِنْ .

(١٣) فِي ب : وَعَنْ .

(١٤) فِي ب ، م : فِي التَّصَرُّفِ .

٢٠٠٧ - مسألة : قال : (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ^(١) ، فَكَاتِبٌ أَحَدُهُمَا ، فَلَمْ يُوَدَّ كُلُّ كِتَابَتِهِ حَتَّى أَعْتَقَ الْآخَرُ ، وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ ^(٢) حُرًّا ، وَيَرْجِعُ الشَّرِيكُ عَلَى الْمُعْتَقِ بِنَصْفِ قِيمَتِهِ)

قد ذكرنا فيما تقدم ، أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابته ^(٣) نصيبه منه ^(٤) ، بغير إذن شريكه ، ويبقى سائرُه غير مكاتب ، فإذا فعل هذا ، فأعتق ^(٥) الذى لم يكاتبه حصته منه ، وهو مُوسِرٌ ، عتق ، وسرى العتق إلى باقية ، فصار كله حُرًّا ، ويضمن الشريك قيمة حقه ^(٦) منه ، ويكون الرجوع ^(٧) بقيمته مكاتبًا ، يبقى على ما بقى من كتابته ؛ لأن الرجوع عليه بقيمة ما أئلف ، وإنما أئلف مكاتبًا . وإن كان المعتق مُعسِرًا ، لم يسر العتق . على ما مضى في باب العتق ^(٨) . وقال أبو بكر ، والقاضى : لا يسرى العتق في الحال ، لكن يُنظر ؛ فإن أدى كتابته ، عتق باقية بالكتابة ، وكان ولأوه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه ، سرى العتق ، وقوم عليه حينئذ ؛ لأن سريّة العتق في الحال مُفضية إلى إبطال الولاء الذى انعقد سببه ، وتقله عن المكاتب إلى غيره . وقال ابن أبى ليلى : عتق الشريك موقوف حتى يُنظر ما يصنع في الكتابة ، فإن أداها ، عتق ، وكان المكاتب ضامنًا لقيمة نصيب شريكه ، ولأوه كله للمكاتب . وإن عجز ، سرى عتق الشريك ، وضمن نصف القيمة للمكاتب ، وكان ولأوه كله له . وأما ^(٩) الشافعى فلا يجوز كتابة أحد الشريكين ، إلا أن يأذن فيه شريكه ، فيكون فيه قولان ، فإذا كاتبه بإذن شريكه ، ثم أعتق الذى لم يكاتب ، فهل يسرى في الحال ، أو يقف على العجز ؟ فيه قولان . ولنا ، قول النبي ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَالَهُ فِي عَبْدٍ ، وَكَانَ لَهُ مَا يَتْلَعُ قِيمَةَ الْعَبْدِ ،

٢٦٤/١١ ظ

(١) في ١ ، م : « اثنين » .

(٢) في م زيادة : « كله » .

(٣) في الأصل : « كتابته » .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في م : « عتق » .

(٦) في م : « حصته » .

(٧) في م : « الرجوع » .

(٨) انظر ما تقدم في : صفحة ٣٥١ ، ٣٥٨ .

(٩) في م زيادة : « مذهب » .

قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ ^(١٠) . وهذا داخل في عمومِهِ ، وَلِأَنَّهُ عِنَقَ لِحُزْرٍ مِنَ الْعَبْدِ مُوسِرٍ ،
 غَيْرِ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ، فَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، كَأَنَّهُ كَانَ قَتْلًا ، وَلِأَنَّ مُقْتَضَى السَّرَاةِ مُتَحَقِّقٌ ،
 وَالْمَانِعُ مِنْهَا لَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ مَانِعًا ؛ فَإِنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا أَصْلَ لَهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ ، فَوَجِبَ أَنْ
 يَثْبُتَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى إِبْطَالِ الْوَلَاءِ . قُلْنَا : إِذَا كَانَ الْعِنَقُ يُؤَثِّرُ فِي إِبْطَالِ الْجِلْدِ
 الثَّابِتِ الْمُسْتَقَرِّ ، الَّذِي الْوَلَاءُ مِنْ بَعْضِ آثارِهِ ، فَلَاَنْ يُؤَثِّرُ فِي ثَقْلِ الْوَلَاءِ بِمُفَرِّدِهِ أَوَّلَى ،
 وَلِأَنَّهُ لَوْ اعْتَقَ عَبْدًا لَهُ أَوْلَادٌ مِنْ مُعْتَقَةِ قَوْمٍ ، نَقَلَ وَلَاءَهُمْ إِلَيْهِ ، فَإِذَا نَقَلَ وَلَاءَهُمْ الثَّابِتُ
 بِإِغْتَاقِ غَيْرِهِمْ ، فَلَاَنْ يَنْقَلِ وَلَاءُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ بَعْدَ إِغْتَاقِ مَنْ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّهُ نَقَلَ الْوَلَاءَ
 ثُمَّ عَمَّنْ لَمْ يَغْرَمْ لَهُ عَوَضًا ، فَلَاَنْ يَنْقُلَهُ بِالْعَوَضِ أَوَّلَى ، فَإِنْتَقَالَ الْوَلَاءُ فِي مَوْضِعِ جَرٍّ ^(١١)
 الْوَلَاءِ ، يُنْبِئُ عَلَى سِرَاةِ الْعِنَقِ . وَانْتَقَلَ ^(١٢) الْوَلَاءُ إِلَى الْمُعْتَقِ ؛ لِكَوْنِهِ أَوَّلَى مِنْهُ مِنْ ثَلَاثَةِ
 أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الْوَلَاءَ ثُمَّ ثَابِتٌ ، وَهَهُنَا بَعْضُ الثَّبُوتِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الثَّقَلَ حَصَلَ ثُمَّ
 بِإِغْتَاقِ غَيْرِهِ ، وَهَهُنَا بِإِغْتَاقِهِ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّهُ انْتَقَلَ ثُمَّ بَغِيرِ عَوَضٍ ، وَهَهُنَا بِعَوَضٍ .

/ فصل : وَإِنْ كَانَ الْبُعْتُقُ مُعْسِرًا ، لَمْ يَسِرْ عِنَقُهُ ، وَكَانَ نَصِيْبُهُ حُرًّا ، وَبَاقِيهِ عَلَى ٢٦٥/١١
 الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَذَى ، عَنَقَ عَلَيْهِمَا ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ عَجَزَ ، عَادَ الْجُزْءُ الْمَكَاتِبَ
 رَقِيقًا قَتْلًا ، إِلَّا عَلَى الرَّوَاةِ الَّتِي تَقُولُ : يُسْتَسْعَى الْعَبْدُ . فَإِنَّهُ يُسْتَسْعَى عِنْدَ عَجْزِهِ فِي قِيَمَةِ
 بَاقِيهِ ، وَلَا يُسْتَسْعَى فِي حَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ سَعَايَةً فِيمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، فَاسْتَعْنَى بِهَا عَنْ
 السَّعَايَةِ فِيمَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّقْوِيمِ ، فَإِذَا عَجَزَ ، وَفُسِّحَتِ الْكِتَابَةُ ، بَطَلَتْ ، وَرَجَعَ إِلَى
 السَّعَايَةِ فِي الْقِيَمَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ عَبْدَيْنِ شَرِيكَيْنِ ، فَكَاتِبَاهُ عَلَى
 أَلْفِ دِرْهَمٍ ، فَأَذَى إِلَيْهِمَا تِسْعِمَائَةَ ؛ لِهَذَا أَرْبَعُمَائَةَ دِرْهَمٍ ^(١٣) وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا ^(١٤) وَلِهَذَا
 أَرْبَعُمَائَةَ دِرْهَمٍ ^(١٣) وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا ^(١٤) ثُمَّ إِنْ أَحَدُهَا ، أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ ؟ قَالَ : إِنْ كَانَ

(١٠) ل ب م ، م : عدل . وتقدم تخرج الحديث في : ٣٦٢/٧ .

(١١) في الأصل ، أ : أجر .

(١٢) في أ : وانتقال .

(١٣) سقط من : م .

للمُعْتِقِ مَالٌ^(١٤) ، أَدَّى إِلَى شَرِيكَهِ نِصْفَ قِيَمَةِ الْعَبْدِ ، لَا يُحَاسِبُهُ^(١٥) بِمَا أَخَذَ^(١٦) ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذَرْعُهُمْ ، وَلَئِنَّهُ قَدْ جَوَزَ أَنْ يَعْجَزَ^(١٧) ، فَيُعَوَّدُ إِلَى الرُّقِّ ، أَوْ يَمُوتَ ، فَيَكُونُ عِنْدَهُ مَالٌ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَتَقَلُّ عَنْهُ حَتَبٌ ، أَنَّهُ يَعْتِقُ إِلَّا نِصْفَ الْمِائَةِ عَلَى هَذَا ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ عَلَى قَدْرِ مَا عَتَقَ . فَالرَّوَايَةُ الْأُولَى تُوَافِقُ قَوْلَ الْخَرَقِيِّ ، فَإِنَّهُ أَوْجَبَ عَلَى الْمُعْتِقِ غَرَامَةَ نِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ . وَيَتَّبِعِي أَنْ تَجِبَ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، عَلَى الصُّفَّةِ الَّتِي عَتَقَ عَلَيْهَا ، وَهُوَ كَوْنُهُ مُكَاتَّبًا^(١٨) ، قَدْ أَدَّى كِتَابَتَهُ إِلَّا مِائَةً مِنْهَا ، وَهِيَ عُشْرُهَا . وَأَمَّا رَوَايَةُ حَنْبَلٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ عَلَى مَا قَالَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي ، فِي أَنَّهُ لَا يَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى الْجُزْءِ الْمُكَاتَّبِ لِغَيْرِهِ . وَقَدْ نَصَرْنَا الرَّوَايَةَ الْأُولَى بِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٠٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ ، وَرُدَّ فِي الرُّقِّ ، وَكَانَ قَدْ تُصَدِّقُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْمُكَاتَّبَ إِذَا عَجَزَ ، وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، وَرُدَّ فِي الرُّقِّ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، سَوَاءَ كَانَ مِنْ كَسْبِهِ ، أَوْ مِنْ صَدَقَةٍ تَطْلُوعٍ ، أَوْ وَصِيَّةٍ . وَمَا كَانَ مِنْ صَدَقَةٍ مَفْرُوضَةٍ^(١) فَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِخْدَاهُمَا ، هُوَ لِسَيِّدِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ عَطَاءٌ : يَجْعَلُهُ فِي السَّبِيلِ أَحَبَّ إِلَيَّ ، وَإِنْ أَمْسَكَهُ / فَلَا بَأْسَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يُؤْخَذُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ ، فَيُجْعَلُ فِي الْمُكَاتَّبِينَ .^{٢٦٥/١١} نَقَلَهَا حَنْبَلٌ . وَهُوَ قَوْلُ شَرِيحٍ ، وَالتَّحْفِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي ، أَنَّهُ يَرُدُّ إِلَى أَرْبَابِهِ . وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ لِيُصْرَفَ فِي الْعِتْقِ ، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ فِيهِ ، وَجِبَ رَدُّهُ ، كَالْغَازِي وَالْغَارِمِ وَابْنِ السَّبِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّ ابْنَ عَمَرَ رَدَّ مُكَاتَّبًا فِي الرُّقِّ ، فَأَمْسَكَ مَا أَخَذَهُ^(٢) مِنْهُ^(٣) . وَلَئِنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِهِ ، فَلَمْ يَرُدَّ مَا أَخَذَهُ ، كَالْفَقِيرِ وَالْمُسْكِينِ ،

(١٤) فِي الْأَصْلِ : (مَا) .

(١٥-١٥) ق م : (بِمَا أَحَدٌ) .

(١٦) ق ب ، م : (يَعْجِزُهُ) .

(١٧) ق ب : (كَاتِبًا) .

(١٨) ق ١ ، م ، زِيَادَةُ : (عَلَيْهِ) .

(٢) ق ب : (أَخَذَ) .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، ق : (بَابُ عَجَزِ الْمُكَاتَّبِ ، مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَّبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠ / ٣٤١) .

وَأَمَّا الْغَازِي ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا إِلَيْهِ ، بِقَدْرِ مَا يَكْفِيهِ لِعَزْوِهِ ، وَأَمَّا الْغَارِمُ ، فَإِنْ غَرِمَ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْتِ ، فَهُوَ كَالْغَازِي ، يَأْخُذُ لِحَاجَتِنَا^(٤) ، وَإِنْ غَرِمَ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ ، فَهُوَ كَمَسْأَلَتِنَا ، لَا يَرُدُّهُ .

فصل : وَأَمَّا مَا أَذَاهُ إِلَى سَيِّدِهِ قَبْلَ عَجْزِهِ ، فَلَا يَجِبُ رَدُّهُ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْمُكَائِبَ صَرَفَهُ فِي الْجِهَةِ الَّتِي أَخَذَهَا ، وَثَبَّتَ مِلْكُ سَيِّدِهِ عَلَيْهِ مِلْكًا مُسْتَقَرًّا ، فَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كَالْوَعْتِ الْمُكَائِبُ ، وَيُفَارِقُ مَا فِي يَدِ الْمُكَائِبِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ سَيِّدِهِ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ قَبْلَ هَذَا ، وَالْخِلَافُ فِي ابْتِدَاءِ ثُبُوتِهِ . وَمَاتَلَفَ فِي يَدِ الْمُكَائِبِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِهِ ، سَوَاءً عَجَزَ أَوْ أَدَّى ؛ لِأَنَّ مَا لَهُ ثَلَفَ فِي يَدِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ثَلَفَ مَا فِي يَدِ سَائِرِ أَصْنَافِ الصَّدَقَةِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِهِ عَرْضًا وَعَجَزَ ، وَالْعَرْضُ^(٥) فِي يَدِهِ ، فَفِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا لَوْ وَجَدَهُ^(٦) بَعْيَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ عِوَضُهُ ، وَقَائِمُ مَقَامِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُعْطِيَ الْغَازِي مِنَ الصَّدَقَةِ مَا اشْتَرَى بِهِ قَرَسًا وَسِلَاحًا ، ثُمَّ فَضَّلَ ذَلِكَ عَنْ حَاجَتِهِ .

فصل : وَمَوْتُ الْمُكَائِبِ قَبْلَ الْأَدَاءِ كَعَجْزِهِ ، فِيمَا ذَكَّرْنَا ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ يَأْخُذُ مَا فِي يَدِهِ قَبْلَ حُصُولِ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَدَّى ، وَبَقِيَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ ، فَحَكْمُهُ فِي رَدِّهِ أَوْ أَخْذِهِ لِنَفْسِهِ ، حَكْمُ سَيِّدِهِ فِي ذَلِكَ عِنْدَ عَجْزِهِ ؛^(٧) لِأَنَّهُ مَالٌ^(٨) لَمْ يُوَدِّهِ^(٩) فِي كِتَابَتِهِ ، بَقِيَ بَعْدَ زَوَالِهَا . وَإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَدَانَ مَا أَذَاهُ فِي الْكِتَابَةِ ، وَبَقِيَ عَنْدهُ مِنَ الصَّدَقَةِ بِقَدْرِ مَا يَقْضِي بِهِ ذَنْبَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ بِسَبَبِ الْكِتَابَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي أَدَائِهَا .

٢٠٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَائِبَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا / ٢٦٦/١١
الْآخَرَ ، صَحَّ شِرَاءُ الْأَوَّلِ ، وَيَطْلُ شِرَاءُ الْآخَرِ)

لِاخْتِلَافٍ فِي أَنَّ الْمُكَائِبَ يَصِحُّ شِرَاؤُهُ لِلْعَبِيدِ ، وَالْمُكَائِبُ بِمَجُوزٍ يَبْعُهُ ، عَلَى مَا ذَكَّرْنَا .

(٤) فِي ب نِزَادَةَ : لَإِلَّا .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م ، ن : وَالْوَعْدُ .

(٦) فِي ب ، م ، ن : وَجَدَ .

(٧-٧) فِي م : لِأَنَّ مَا .

(٨) فِي ب : يُوَدِّدُ .

فإذا اشترى أحد المكاتبيين الآخر، صحّ شراؤه، وملّكه؛ لأنّ التصرف صدر من أهله في محله، وسواء كانا مكاتبيين لسيّد واحد، أو لسيّدين. فإذا عاد الثاني، فاشترى الذي اشتراه، لم يصح؛ لأنّه سيّده ومالكه، وليس للمملوك أن يملك مالكه؛ لأنّه يُفصى إلى تناقض الأحكام، إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه: أنا سيّدك، ولى عليك مال الكتابة تؤدّيه إلى، وإن عجزت، فلى فسّخ كتابتك، وردّك إلى أن تكون رقيقاً لى. وهذا تناقض، وإذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين؛ لثبوت ملكه عليها في النكاح، فههنا أولى، ولأنّه لو صحّ هذا، لتقاصّ الذنّان إذا تساوتا، وعتقاً جميعاً. فإذا ثبت هذا، فشراء الأول صحيح، والمبيع منهما^(١) باقى على كتابته، فإن أدّى عتق، وولّاه موقوف، فإن أدّى سيّده كتابته، كان له؛ لأنّه عتق بأدائه إليه، وإن عجز، فولّاه لسيّده؛ لأنّ العبد لا يثبت له ولاء، ولأنّ السيّد يأخذ ماله، فكذلك حقوقه. هذا مقتضى قول القاضى، ومقتضى قول أبى بكر، أنّ الولاء لسيّده؛ لأنّ المكاتب عبّد لا يثبت له^(٢) الولاء، فثبت^(٣) لسيّده. (ذكر ذلك^(٤)) فيما إذا عتق بإذن سيّده^(٥)، أو كاتب عبده فأدّى كتابته، وهذا نظيره. ويحتمل أن يفرق بينهما؛ لكون العتق ثمّ بإذن السيّد، فيحصل الإتمام منه بإذنه فيه، وههنا لا يقتصر إلى إذنه، فلا نعمة له عليه، فلا يكون له عليه ولاء، ما لم يعجزه سيّده. والله أعلم.

فصل: فإن لم يُعلم السابى منهما، فقال أبو بكر: يبطل البيعان، ويردّ كل واحد منهما إلى كتابته؛ لأنّ كل واحد منهما مشكوك في صحّة بيعه، فيردّ إلى اليقين. وذكر

(١) فى ب، م: «هنا».

(٢) فى م: «ومتضى».

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) فى الأصل: «ثبت».

(٥-٥) فى ب، م: «وكذلك».

(٦) فى ب: «شريكه».

(٧) فى ب: «ولا».

القاضي أنه يعجز مجرى^(٨) ما إذا رُوج الوليان فأشكَلَ الأولُ منهما، فيقتضي^(٩) هذا أن يُفسخ البيعان، كما يُفسخ الثكاحان. وعلى قول أبي بكر، لا حاجة إلى الفسخ؛ لأن الثكاح إنما احتجج إلى فسخه من أجل المرأة؛/ فإنها منكوحة بكَاحٍ صحيحٍ، لو أُجِد منها يقينا، فلا يزول إلا بفسخ، وفي مسائلنا لم يثبت ثبوت البيع في واحدٍ بعينه، فلم يفتقر إلى فسخ.

فصل: وإذا كاتب عبداً له، صفقةً واحدةً، بعوضٍ واحدٍ، مثل أن يُكاتب ثلاثة أعبد له بالآلف، صحَّ، في قول أكثر أهل العلم، منهم؛ عطاء، وسليمان بن موسى، وأبو حنيفة، ومالك، والحسن بن صالح، وإسحاق. وهو المنصوص عن الشافعي، رضي الله عنه. وقال بعض أصحابه: فيه قول آخر، لا يصح؛ لأن العقد مع ثلاثة، كعقود ثلاثة، وعوض كلٍّ منهم مجهول، فلم يصح، كما لو باع كل واحدٍ منهم لواحد صفقةً واحدةً، بعوضٍ واحدٍ. ولنا، أن جملة العوض معلومة، وإنما جهل تفصيله^(١٠)، فلم تمنع^(١١) صحة العقد، كما لو باعهم لواحد. وعلى قول من قال: إن العوض يكون بينهم على السواء. فقد علم أيضاً تفصيل العوض، وعلى كل واحدٍ منهم ثلث، وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة. إذا ثبت هذا، فإن كل واحدٍ منهم مكاتب بحصته من الآلف، ويُقسَّم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد؛ لأنه حين المعاوضة، وزوال سلطان السيد عنهم، فإذا أذاه، عتق. هذا^(١٢) قول عطاء، وسليمان بن موسى، والحسن بن صالح، والشافعي، وإسحاق. وقال أبو بكر عبد العزيز: يتوجه لأبي عبد الله قول آخر، أن العوض بينهم على قدر رؤوسهم، فيتساوون فيه؛ لأنه أضيف إليهم إضافةً واحدةً، فكان بينهم بالسوية، كما لو أفرطهم بشيء. ولنا، أن هذا عوض، فيفسط^(١٣) على المعوض، كما لو اشترى شقصاً وسبقاً، وكما لو اشترى عبداً. فردَّ واحداً منهم بغير، أو أكلف

(٨) سقط من: الأصل.

(٩) في الأصل: فيفضي.

(١٠) في م: تفصيلها.

(١١) سقط من: ب.

(١٢) في ١، ب: وهذا.

(١٣) في الأصل: فيفسط.

أَحَدَهُمْ ، وَرَدُّ الْآخَرِ . وَيُخَالِفُ الْإِقْرَارَ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَوَضٍ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَأَيُّهُمْ أَدَّى حِصَّتَهُ ، عَتَقَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَغْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حَتَّى يُوَدَّى جَمِيعُ الْكُتَابَةِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . / وَحُكِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُمْ عَنِ الْكَسْبِ ^(١٤) مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، أَجْبَرَهُ ^(١٥) عَلَيْهِ الْبَاقُونَ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ الْكِتَابَةَ وَاحِدَةٌ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْكِتَابَةُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ دُونَ الْبَاقِينَ ، وَلَا يَحْصُلُ الْعِتْقُ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الْكِتَابَةِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمُكَاتَبُ وَاحِدًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُمُ السَّيِّدُ : إِنْ أَدَيْتُمْ عَتَقْتُمْ : ^(١٦) فَأَيُّهُمْ أَدَّى حِصَّتَهُ ^(١٧) ، عَتَقَ . وَإِنْ أَدَّى جَمِيعَهَا ، عَتَقُوا كُلَّهُمْ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِيهِ بِشَيْءٍ . وَإِنْ قَالَ لَهُمْ : إِنْ أَدَيْتُمْ ، عَتَقْتُمْ ^(١٨) . لَمْ يَغْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حَتَّى تُوَدَّى الْكِتَابَةُ كُلُّهَا ، وَيَكُونُ بَعْضُهُمْ حِمْلًا عَنْ بَعْضٍ ، وَيَأْخُذُ أَيُّهُمْ شَاءَ بِالْمَالِ ، وَأَيُّهُمْ أَذَاهَا عَتَقُوا كُلَّهُمْ ، وَيَرْجِعُ ^(١٩) عَلَى صَاحِبِيهِ بِحِصَّتَيْهِمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ مَعَ ثَلَاثَةٍ ، فَيَبْرَأُ ^(٢٠) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِأَدَاءِ حِصَّتِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَوْا عَبْدًا ، وَكَأَلَوْ لَمْ يَقُلْ لَهُمْ : إِنْ أَدَيْتُمْ عَتَقْتُمْ . عَلَى قَوْلِ ^(٢١) أَبِي حَنِيفَةَ ، فَإِنْ قَوْلُهُ ذَلِكَ لَا يُؤْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِحْقَاقُ الْعِتْقِ بِأَدَاءِ الْعَوَضِ ، لَا بِهَذَا الْقَوْلِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَغْتَقُ ^(٢٢) بِالْأَدَاءِ بَدُونِ هَذَا الْقَوْلِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ كَوْنُ هَذَا الْقَوْلِ مَانِعًا مِنَ الْعِتْقِ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ كِتَابَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ فَإِنَّ الْعَقْدَ مَعَ جَمَاعَةٍ عَقْدٌ ، بِدَلِيلِ الْبَيْعِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى كِتَابَةِ الْوَاحِدِ ؛ لِأَنَّهُ مَا قَدَّرَهُ فِي مُقَابَلَةِ عَتَقِهِ ، وَهَهُنَا فِي مُقَابَلَةِ عَتَقِهِ مَا يَحْصُهُ ، فَافْتَرَقَا . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ شَرَطَ عَلَيْهِمْ فِي الْعَقْدِ ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ضَامِنٌ عَنِ الْبَاقِينَ ، فَالشَّرْطُ فَاكِدٌ ، وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي الشَّرْطِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ صَحِيحٌ . وَخَرَّجَهُ ابْنُ حَامِدٍ وَجْهًا ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ فِي ضَمَانِ الْحُرِّ ^(٢٣) لِمَالِ الْكِتَابَةِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْعَقْدُ

(١٤) ق ب : المَكْسَبُ .

(١٥) ق ١ ، ب ، م ، د : أَجْبَرُ .

(١٦-١٧) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(١٧) ق ١ : د : مَحْصَتُهُ .

(١٨) ق م : د : وَرَجَعَ .

(١٩) ق م : د : فَاعْتَبِرْ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(٢١) ق ب : د : عَتَقَ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

والشرط فاسيدان ؛ ^(٢٣) لأن الشرط فاسيد ^(٢٤) ، ولا يمكن تصحيح العقد بدونه ؛ لأن السيد إنما رضى بالعقد بهذا الشرط ، فإذا لم يثبت ، لم يكن راضياً بالعقد . وقال مالك ، وأبو حنيفة : العقد والشرط صحيحان ؛ لأنه مفتضى العقد عندهما . ولنا ، / أن مال الكتابة ليس بلازم ، ولا ماله إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه ، كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق ، فقال : إن أدت إلى ألفا ، فأنت حر . ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ، ومال الكتابة لا يلزم المكاتب ، فلا يلزم الضامن ، ولأن الضمان تبرع ، وليس للمكاتب التبرع ، ولأنه لا يملك الضمان عن حر ، ولا عمن ليس معه في الكتابة ، فكذلك من معه . وأما العقد فصحيح ؛ لأن الكتابة لا تنفسد بفساد الشرط ؛ بدليل خبر بريرة ^(٢٥) ، ^(٢٦) وسند ذلك ^(٢٧) فيما بعد ، إن شاء الله تعالى .

فصل : إذا مات بعض المكاتبين ، سقط قدر حصته . نص عليه أحمد ، رضى الله عنه ، في رواية حنبل . وكذلك إن أعتق بعضهم . وعن مالك ، إن أعتق السيد أحدهم وكان مكاتباً ، لم ينفذ عتقه ؛ لأنه يضر بالباقيين ، وإن لم يكن مكاتباً ، نفذ عتقه ؛ لعدم الضرر فيه . وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد ^(٢٨) منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة ، وقد مضى الكلام فيه .

فصل : وإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه ، أو عن مكاتب آخر ، قبل أداء ما عليه ، بغير علم سيده ، لم يصح ؛ لأن هذا تبرع ، وليس له التبرع بغير إذن سيده . وإن كان قد حل عليه نجم ، صرف ذلك فيه . وإن لم يكن حل عليه نجم ، فله الرجوع فيه . وإن علم السيد بذلك ، ورضى بقبضه عن الآخر ، صح ؛ لأن قبضه له راضياً به مع العلم ، دليل على الإذن فيه ، فجاز ، كما لو إذن فيه صريحاً ^(٢٩) . وإن كان الأداء بعد أن عتق ،

(٢٣-٢٤) سقط من : ب .

(٢٤) ق ب ، م ؛ يلزمه .

(٢٥) تقدم تحريجه ، ق ؛ ٣٢٩/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢٦-٢٧) ق ب ، م ؛ وسنكره .

(٢٧) في النسخ ؛ واحدا .

(٢٨) ق م ؛ نصريحاً .

صَحَّ ، سَوَاءَ عَلِمَ السَّيِّدُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . فَإِذَا ارَادَ الرُّجُوعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ قَصَدَ التَّبَرُّعَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، وَإِنْ أَدَّاهُ مُحْتَصِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ ، وَكَانَ الْأَدَاءُ بِإِذْنِ الْمُؤَدِّي عَنْهُ ، فَهُوَ قَرْضٌ ، يَلْزِمُهُ ^(٢٩) أَدَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ اقْتَرَضَهُ ^(٣٠) مِنْهُ . وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ / عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ عَلَيْهِ بِأَدَائِهِ مَا لَا يَلْزِمُهُ ^(٣١) أَدَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ^(٣٢) ، كَمَا لَوْ تَصَدَّقَ عَنْهُ صَدَقَةٌ تَطْلُوعٌ ، وَبِهَذَا افَارَقَ سَائِرَ الدِّيُونِ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ ، وَطَلَبَ اسْتِيفَاءَهُ ، قُدِّمَ عَلَى أَدَائِهِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، كَسَائِرِ الدِّيُونِ . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَدَائِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الدِّيُونِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ ^(٣٣) الْحُرِّ لِمَالِ الْكِتَابَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَوُضٌ فِي مُعَاوَضَةٍ ^(٣٤) ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَتَمَنِ النَّبِيعِ ^(٣٥) . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٣٦) لَا يَزِمُ ، وَهَذَا غَيْرُ لَازِمٍ .

فصل : وَإِنْ ^(٣٧) أَدَّاهُ مَا عَلَيْهِمْ ، أَوْ بَعْضَهُ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ : أَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِمَّنَا ^(٣٨) بِقَدْرِ مَا عَلَيْهِ ، فَلَا فَضْلَ لِأَحَدِنَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَقَالَ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ : أَدَّيْنَا عَلَى السَّوَاءِ ، فَمَنْ فَضَّلَ عَلَيْكَ ، أَوْ يَكُونُ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ سَيِّدِنَا . فَقَالَ قَوْلُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يُؤَدِّي أَكْثَرَ مِنْهُ ، فَرَجَحَتْ دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ الْمُؤَدِّي أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِمْ ، وَاخْتَلَفُوا فِي الزِّيَادَةِ ، فَقَالَ قَوْلُ مَنْ يَدْعَى التَّسَاوِيَّ ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي أَدَائِهِ ، فَكَانَتْ أَيْدِيهِمْ عَلَيْهِ ، فَاسْتَوَوْا فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ مَالٌ فَاخْتَلَفُوا فِيهِ .

(٢٩) ق ب : : لزمه .

(٣٠) ق الأصل ، ب : : اقترضه .

(٣١) (٣١-٣١) سقط من : م .

(٣٢) ق م : : وإذا .

(٣٣) ق م : : ضمانه .

(٣٤) ق في الزيادة : : يضمن .

(٣٥) ق الأصل : : البيع .

(٣٦) ق ب : : ولأنه .

(٣٧) ق م : : وإذا .

(٣٨) سقط من : ب .

فصل : وَإِنْ جَنَى بَعْضُهُمْ ، فِجَنَائِهِ عَلَيْهِ دُونَ صَاحِبِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يُؤْذُونَ كُلَّهُمْ أَرْشَهُ ، فَإِنْ عَجَزُوا رَقُّوا . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ^(٣٩) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَجْنِي جَانٌ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ » ^(٤٠) . وَلَئِنْ لَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ ، وَتَعَاقَدَا ، لَمْ يَحْمِلْ أَحَدُهُمَا ^(٤١) عَنِ الْآخَرِ ^(٤٢) جِنَايَةَ صَاحِبِهِ ، فَكَذَا هُمَا ؛ لِأَنَّ ^(٤٣) مَا لَا يَصِحُّ ، لَا يَتَضَمَّنُهُ عَقْدُ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى أَحَدِهِمَا بِفِعْلِ الْآخَرِ ، كَالْقِصَاصِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتِبٌ بِحَصَّتِهِ ، فَهُوَ كَالْمُنْفَرِدِ بِعَقْدِهِ .

٢٠١٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَرَطَ فِي كِتَابَتِهِ أَنْ يُؤَالِيَ مَنْ شَاءَ ، فَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ)

أَمَّا الشَّرْطُ بِبَاطِلٍ . لَا تَعْلَمُ فِي بَطْلَانِهِ / خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ٢٦٨/١١ ط عنها ، قالت : كَانَتْ فِي بَرِيرَةَ ثَلَاثُ قَضِيَّاتٍ ، أَرَادَ أَهْلُهَا أَنْ يَبِيعُوهَا وَشَتَرُوهَا الْوَلَاءَ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « اشْتَرِيهَا ، وَأَعْتِقْهَا ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَفِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اشْتَرِيهَا ، وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ ، فَحَمِدَ اللَّهُ ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : « أَمَّا بَعْدُ ، فَمَا بَالُ نَاسٍ ^(٢) يَشْتَرِطُونَ شَرْطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ أَمْنٌ اشْتَرِطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ ^(٣) أَوْثَقُ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَصِحُّ ثَقْلُهُ ،

(٣٩) سورة الأنعام ١٦٤ .

(٤٠) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٥١٥ .

(٤١-٤٢) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٤٣) في : ب ؛ وَلَئِنْ .

(١) حديث بريدة تقدم تخريجه ، في : ٣٢٦/٦ ، ٣٥٩/٨ ، ٣٦٠ .

(٢) في : ب ؛ أَنَسٌ .

(٣) في : ١ ، ب ؛ وَشَرْطُهُ .

بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته ، وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » . ولأنه
لُحمة كل حمة النسب ، فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه ، كالقرابة ، ولأنه حكم العتق ،
فلم يصح اشتراطه لغير المعتق ، كالأصحر اشتراط حكم النكاح لغير النكاح ، ولا حكم
البيع لغير العاقد^(٤) . وسواء^(٥) شرط^(٦) أن يؤلى من شاء ، أو شرطه لبائعه ، أو لرجل آخر
بعينه . ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط . نص عليه أحمد ، رضي الله عنه . وقال الشافعي ،
رضي الله عنه : يفسد به ، كالأصحر عوضاً مجهولاً . ويخرج لنا مثل ذلك : بناء على
الشروط الفاسدة في البيع . ولنا ، حديث بريرة : « فإن أهلها شرطواهم الولاء ، فأمر النبي
ﷺ بشرائها مع هذا الشرط ، وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » . ويفارق جهالة
العوض ؛ فإنه ركن العقد ، لا يمكن تصحيح العقد بذونه ، وربما أفضت جهالته إلى
التنازع^(٧) والاختلاف ، وهذا شرط^(٨) زائد ، فإذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله .
فإن قيل : المراد بقول النبي ﷺ : « اشترطوا لهم الولاء » . أى عليهم ؛ لأن النبي
ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد ، واللام تستعمل بمعنى « على » ، كقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ
أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾^(٩) . « أى فعلها »^(١٠) . قلنا : هذا لا يصح ؛ لوجوه ثلاثة ؛ / أحدها ، أنه
يُخالف وضع اللفظ والاستعمال . والثاني ، أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط ، فكيف
يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه ! والثالث ، أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط ؛
لأنه مقتضى العتق وحكمه . والرابع ، أن في بعض الأنفاط : « لا يمتنع^(١١) هذا
الشرط منها ، ابتاعى ، وأعتقى » . وإنما أمرها النبي ﷺ بالشرط ، ثغريقالنا أن وجود
هذا الشرط كعدمه ، وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق .

٢٦٩/١١

(٤) في الأصل ، ب ، م : « العاقل » .

(٥) في الأصل زيادة : « إن » .

(٦) في « أ » ، ب : « اشترط » .

(٧) في الأصل : « النزاع » .

(٨) في م : « الشرط » .

(٩) سورة الإسراء ٧ .

(١٠-١٠٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١١) في م : « يمتنعك » .

فصل : وإن شَرَطَ ^(١٢) السَّيِّدُ عَلَى الْمُكَاتِبِ أَنْ يَرِيَهُ دُونَ وَرَثَتِهِ ، أَوْ يُزَاجِمَهُمْ ^(١٣) فِي مَوَارِيثِهِمْ ، فَهُوَ شَرَطٌ فَاسِدٌ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ ، مِنْهُمْ : الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّحْعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَأَجَازُ لِإِبَاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ أَنْ يَشْتَرِطَ شَيْئًا مِنْ مِيرَاثِهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، وَكُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ . قَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، حَدَّثَنَا مَنْصُورٌ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ رَجُلًا كَاتِبٌ مَمْلُوكُهُ ، وَاشْتَرَطَ مِيرَاثَهُ ، فَلَمَّا مَاتَ الْمُكَاتِبُ ، خَاصَمَ ^(١٤) وَرَثَتَهُ إِلَى شُرَيْحٍ ، ^(١٥) فَقَضَى شُرَيْحٌ ^(١٦) بِمِيرَاثِ الْمُكَاتِبِ لَوَرَثَتِهِ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : مَا يُغْنِي عَنِّي ^(١٧) شَرْطِي مِنْذُ عِشْرِينَ سَنَةً ؟ فَقَالَ شُرَيْحٌ : كِتَابُ اللَّهِ أَنْزَلَهُ عَلَى نَبِيِّهِ قَبْلَ شَرْطِكَ بِخَمْسِينَ سَنَةً ^(١٨) . وَلَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ بِهَذَا الشَّرْطِ ، كَالَّذِي قَبْلَهُ .

فصل : وإن شَرَطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً مَعْلُومَةً بَعْدَ الْعِتْقِ ، جَازٌ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَابْنُ شُرَيْمَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالزُّهْرِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، أَشَبَّهُ مَالُو شَرَطَ مِيرَاثَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ بُصِّلَ مِنْ سَبْيِ الْعَرَبِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ ، أَنْكُمْ تَخْدُمُونَ الْخَلِيفَةَ مِنْ بَعْدِي ثَلَاثَ سَنَوَاتٍ ^(١٩) . وَلَئِنَّهُ اشْتَرَطَ خِدْمَةً فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، أَشَبَّهُ مَالُو شَرَطَهَا قَبْلَ الْعِتْقِ ، وَلَئِنَّهُ شَرَطَ نَفْعًا مَعْلُومًا ، أَشَبَّهُ مَالُو شَرَطَ عِوَضًا مَعْلُومًا ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ؛ فَإِنْ مُقْتَضَاهُ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ ، وَهَذَا لَا يُنَافِيهِ .

فصل : وإذا كَاتَبَهُ عَلَى الْفَقِينِ ، فِي رَأْسِ كُلِّ شَهْرِ أَلْفَ ، / وَشَرَطَ أَنْ يَعْتَقَ عِنْدَ أَدَاءِ ٢٦٩/١١ ط
الْأَوَّلِ ، صَحَّ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَيَعْتَقُ عِنْدَ آدَائِهِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ أَعْتَقَهُ بِغَيْرِ أَدَاءِ شَيْءٍ ،

(١٢) في م : اشتراط .

(١٣) في الأصل ، أ : مزاجمتهم .

(١٤) في م : خفاسم .

(١٥-١٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٦) سقط من : أ ، ب .

(١٧) وأخرجه عبد الرزاق ، في : باب الشرط على المكاتب ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧٨/٨ . وذكره وكيع ،

في : أخبار القضاة ٣٥٦/٢ .

(١٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الشرط على المكاتب ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٨٠/٨ ، ٣٨١ .

صَحَّ ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَعْتَقَهُ عِنْدَ أَدَاءِ الْبَعْضِ ، وَيَبْقَى الْآخَرُ دَيْنًا عَلَيْهِ بَعْدَ عِتْقِهِ ، كَالْوَبَاغَةِ نَفْسَهُ بِهِ ^(١٩) .

٢٠١١ - مسألة : قال (: وَإِذَا أَسَرَ الْعَدُوُّ الْمُكَاتِبَ ، فَأَشْتَرَاهُ رَجُلٌ ، فَأَخْرَجَهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَأَحَبَّ أَخْذَهُ ، أَخَذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، فَهُوَ عَلَى كِتَابَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُحِبَّ أَخْذَهُ ، فَهُوَ عَلَى ^(٢٠) مِلْكٍ مُشْتَرِيهِ ، مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَغْتَبِقُ بِالْأَدَاءِ ، وَوَلَاؤُهُ لِمَنْ يُوَدِّي إِلَيْهِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْكُفَّارَ إِذَا أَسْرَوْا مُكَاتِبًا ، ثُمَّ اسْتَنْقَذَهُ الْمُسْلِمُونَ ، فَالْكَاتِبَةُ بِحَالِهَا ، فَإِنْ أَخَذَ فِي الْغَنَائِمِ ، فَعَلِمَ بِحَالِهِ ، أَوْ أَذَرَ كَهَ سَيِّدِهِ قَبْلَ قَسَمِهِ ، أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَكَانَ عَلَى كِتَابَتِهِ ، كَمَنْ لَمْ يُوسَّرْ ، وَإِنْ لَمْ يُذَرِكْهُ حَتَّى قُسِمَ ، وَصَارَ فِي سَهْمِ بَعْضِ الْغَانِمِينَ ، أَوْ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ مِنَ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ قَسَمِهِ ، أَوْ مِنَ الْمَشْرُوكِينَ ، وَأَخْرَجَهُ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَإِنَّ سَيِّدَهُ أَحَقُّ بِهِ بِالْثَمَنِ الَّذِي ابْتَاغَهُ بِهِ . وَفِيمَا إِذَا كَانَ غَنِيمَةً ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ إِذَا قُسِمَ ، فَلَا حَقَّ لِسَيِّدِهِ فِيهِ بِحَالٍ . فَيُخْرِجُ فِي الْمُشْتَرَى ^(٢١) مِثْلَ ذَلِكَ . وَعَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ ، فَإِنَّ سَيِّدَهُ إِنْ أَخَذَهُ ، فَهُوَ مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَإِنْ تَرَكَهُ ، فَهُوَ فِي يَدِ مُشْتَرِيهِ ، مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَغْتَبِقُ ^(٢٢) بِالْأَدَاءِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَوَلَاؤُهُ لِمَنْ يُوَدِّي إِلَيْهِ ، كَالْوَبَاغَةِ مِنْ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، ^(٢٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : لَا يَتَّبِعُ عَلَيْهِ مِلْكُ الْكُفَّارِ ، وَيُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ بِكُلِّ حَالٍ . وَوَأَفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ الشَّافِعِيُّ ، ^(٢٤) فِي الْمُكَاتِبِ وَالْمُدَبَّرِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُمَا عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ يَتَّعُهُمَا ، وَلَا تَقْلُ ^(٢٥) الْمِلْكُ فِيهِمَا ، فَأَشْبَاهُ أُمِّ الْوَلَدِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى أَنَّ مَا أَذَرَ كَهَ صَاحِبَهُ مَقْسُومًا ، لَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهُ أَخْذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَكَذَلِكَ مَا اشْتَرَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في الأصل : المستولى .

(٢٢) في م : فيعتق .

(٢٣) (٤-٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٤) في الأصل : لا ينفل .

دار الحرب ، وفي أن المكاتب والمُدَبِّرَ يجوزُ يَتَمَعُهُمَا^(٦) ، بما يُعْنَى عن إعادته ههنا .

فصل : وهل يَحْتَسِبُ عليه بالمُدَّة التي كان فيها مع الكُفَّار ؟ على وَجْهَيْن ؛ أَحَدُهما ، لا يَحْتَسِبُ عليه بها ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ / اقْتَضَتْ تَمْكِينَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْكَسْبِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ لَهُ ذَلِكَ ، لَمْ يَحْتَسِبْ عَلَيْهِ ، كَالْوَحْسَةِ سَيِّدُهُ . فَعَلِ هَذَا ، يَنْبَغِي عَلَى مَا^(٧) مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ قَبْلَ الْأَسْرِ ، وَيُلْغَى^(٨) مُدَّةُ الْأَسْرِ ، كَأَنَّهَا لَمْ تَوْجَدْ . وَالثَّانِي ، يَحْتَسِبُ عَلَيْهِ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ مُدَّةِ الْكِتَابَةِ ، مَضَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَاحْتَسَبَ عَلَيْهِ بِهَا ، كَالْوَرَضِ ، وَلَئِنَّهُ مَدِينٌ مَضَتْ مُدَّةٌ مِنْ أَجْلِ ذَنْبِهِ فِي حَبْسِهِ ، فَاحْتَسَبَ عَلَيْهِ بِهَا ، كَسَائِرِ الْغُرَمَاءِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا حَبَسَهُ سَيِّدُهُ ، بِمَا سَنَدَّكَرَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَعَلِ هَذَا ، إِذَا حُلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ عِنْدَ اسْتِنْقَاذِهِ ، جَارَتْ مُطَالَبَتُهُ بِهِ^(٩) . وَإِنْ حُلَّ مَا يَجُوزُ تَعْجِيزُهُ بِتَرْكِ أَدَائِهِ ، فَلِسَيِّدِهِ تَعْجِيزُهُ ، وَرُدَّهُ إِلَى الرَّقِّ . وَهَلْ لَهُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ أَوْ حُكْمِ الْحَاكِمِ ؟ فِيهِ وَجْهَان ؛ أَحَدُهما ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إِلَى الْمَالِ فِي وَقْتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، وَالْمَالُ غَائِبًا ، يَتَعَدَّرُ إِخْضَارُهُ وَأَدَاؤُهُ فِي مُدَّةٍ قَرِيبَةٍ ، لَكَانَ لِسَيِّدِهِ الْفَسْخُ ، وَالْمَالُ هَهُنَا إِمَامًا مَعْدُومًا ، وَإِمَامًا غَائِبًا يَتَعَدَّرُ أَدَاؤُهُ ، وَفِي كِلْتَا الْحَالَتَيْنِ يَجُوزُ الْفَسْخُ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ الْعَيْبَةِ يَنْتَاجُ إِلَى أَنْ يَنْحَثَ ، أَنَّهُ مَالٌ أَمْ لَا ؟ وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ حَاضِرًا ؛ فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ ، فَإِنْ أَدَّى ، وَلِأَنَّهُ قَدْ عَجَزَ نَفْسَهُ . فَإِنْ فَسَخَ الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، ثُمَّ خَلَصَ الْمَكَاتِبَ ، فَادَّعَى أَنْ لَهُ مَا لَا فِي^(١٠) وَقْتُ الْفَسْخِ ، يَفِي بِمَا عَلَيْهِ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، بَطَلَ الْفَسْخُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَبْطُلَ حَتَّى يَثْبُتَ أَنَّهُ كَانَ يُعْكِئُهُ أَدَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا^(١١) كَانَ مُتَعَدِّرًا الْأَدَاءَ ، كَانَ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : وَإِنْ حَبَسَهُ سَيِّدُهُ مُدَّةً ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَلَا يَحْتَسِبُ عَلَيْهِ بِمُدَّتِهِ^(١٢) ، فِي أَحَدٍ

(٦) تقدم في : ١١٧/١٣ .

(٧) سقط من : م .

(٨) في م : ٥ . وتبقى : ٤ .

(٩) سقط من : الأصل ، ب .

(١٠) في الأصل : ٥ . مدته : ٤ .

الْوُجُوه . والثاني ، يَحْتَسِبُ عليه بِمُدَّتِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ ذَيْنَ مُوَجَّلٍ ، فَيَحْتَسِبُ بِمُدَّةِ الْحَبْسِ مِنَ الْأَجَلِ ، كَسَائِرِ الذُّيُونِ الْمُوَجَّلَةِ . فعلى هذا الوجه ، يلزمه أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي الْمُدَّةِ الَّتِي حَبَسَهُ فِيهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ عَلَى سَيِّدِهِ بِمُكَيِّنِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ مُدَّةَ كِتَابَتِهِ ، فَإِذَا حَبَسَهُ مُدَّةً ، وَجَبَ / عَلَيْهِ تَأْخِيرُهُ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ؛ لَيْسَتْ وَفَى الْوَاجِبَ لَهُ ، وَلِأَنَّ حَبْسَهُ يُفْضِي إِلَى إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ ، وَتَقْوِيَتِ مَقْصُودِهَا ، وَرَدُّهُ إِلَى الرُّقِّ ، وَلِأَنَّ عَجْزَهُ عَنْ أَدَاءِ نُجُومِهِ فِي مَحَلِّهَا بِسَبَبٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ فُسْخُ الْعَقْدِ ، كَالْوَمْعِ الْبَائِعِ الْمُشْتَرَى مِنْ أَدَاءِ الثَّمَنِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ فُسْخُ الْبَيْعِ ؛ لِذَلِكَ ^(١١) ، وَلَوْ مَنَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا مِنَ الْإِتْفَاقِ عَلَيْهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ فُسْخُ الْعَقْدِ ؛ لِذَلِكَ ^(١٢) ، كَذَا هُنَا . الْوَجْهُ الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُ سَيِّدَهُ أَرْقُفُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ؛ مِنْ تَحْلِيلَتِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، أَوْ أَجْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ^(١٣) وَجِدَ سَبَبَهُمَا ، فَكَانَ لِلْمُكَائِبِ أَنْفَعُهُمَا .

فصل : وَإِذَا وَصَّى ^(١٤) بَأَنْ يُكَاتَبَ عَبْدُهُ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَحَقُّ الْآدَمِيِّ ^(١٥) ، فَإِذَا وَصَّى ^(١٦) بِهِ ، صَحَّ ، وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ مِنْ ثَلَاثَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مِنْ جِهَتِهِ ، فَإِنَّهُ يَبِيعُ ^(١٧) مَالَهُ بِمَالِهِ . فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لَزِمَتْهُمْ ^(١٨) كِتَابَتُهُ ، وَلَا يُعْتَبَرُ مَالُ الْكِتَابَةِ مِنْ مَالِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ تَمَاءُ مَالِهِ وَفَائِدَتُهُ ، وَلِأَنَّ الْأَعْتِبَارَ بِحَالَةِ الْمَوْتِ ، وَهُوَ لَا يَمْلِكُ مَالُ الْكِتَابَةِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ عَيَّنَ مَالُ الْكِتَابَةِ ، كَاتِبُوهُ عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ أَقْلٌ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ مِثْلَهَا أَوْ أَكْثَرَ . وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ ، كَاتِبُوهُ عَلَى مَا جَرَى الْعُرْفُ بِكِتَابَةِ مِثْلِهِ بِهِ . وَالْعُرْفُ أَنَّ يُكَاتَبَ الْعَبْدُ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ ؛ ^(١٩) لِكُونِ ذَنْبِهَا ^(٢٠) مُوَجَّلًا . وَيَجِبُ رَدُّ رُبْعِهِ إِلَيْهِ . وَتُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ رِضَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَلْزَمُهُ ، وَلَا يَجُوزُ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) سقط من : أ ، ب .

(١٣) في أ ، م : : أوصى .

(١٤) في ب : : للآدمي .

(١٥) في م : : أوصى .

(١٦) في الأصل : : يبيع .

(١٧) في الأصل : : لزمت . وفي م : : لزمتهم .

(١٨-١٩) في الأصل : : لكونها .

بخلاف ما لو وصى بعنقه ، فإنه يعتق^(١٩) ، ولا يقف على اختياره ولا رضاه . فإن ردّ الوصية ، بطلت . فإن عاذ فطلبها ، لم تلزمه إيجابته إليها ؛ لأن وصيته بطلت بالرد ، فأشبه الوصية بالمال . وإن لم يكن ردّها ، وجبت إيجابته إليها . وإن^(٢٠) أدى^(٢١) وعتق^(٢٢) كان^(٢٣) ولاؤه للموصى بكتائبه ، كالووصى بعنقه ، وإن عجز ، فللوارث ردّه في الرق ، وإن لم يخرج من الثلث ، فإنه يكاتب منه ما يخرج^(٢٤) من الثلث . وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة ، لا يخرج من الثلث ، ثم حصوا في الثلث / ، وأذبحل النقص على كل واحد منهم بقدر ما له في الوصية . ويخرج أن تقدّم الكتابة ؛ بناء على الرواية التي تقدّم العتق ؛ لأن الكتابة مقصودها العتق ، وتفضي إليه . ويحتمل أن لا تقدّم بحال ؛ لأن العتق تغليب وسريّة ، ليس هو الكتابة^(٢٥) ، وإفضاؤها إلى العتق لا يوجب تقديسها ، كالووصى للرجل بأبيه ، فإنه لا تقدّم ، مع أن القصد بوصيته العتق ، وتفضي إليه .

فصل : فإن قال : كاتبوا أحد رقيقى . فللورثة مكاتبة من شاءوا^(٢٦) منهم . في أحد الوجهين ، وفي الآخر ، يكاتبون واحدا منهم بالقرعة . وإن قال : أحد عبيدى . فذلك ، إلا أنه ليس لهم مكاتبة أمة ، ولا ختنى مشكيل ؛ لأنه لا يعلم كون الختنى عبدا^(٢٧) . وإن قال : أحد إمائى . فليس لهم مكاتبة عبيد ، ولا ختنى مشكيل ، كذلك . وإن كان الختنى غير مشكيل ، وكان رجلا ، فلهم مكاتبته إذا قال : كاتبوا أحد عبيدى . وإن كان أمتى ، فلهم مكاتبته إذا قال : كاتبوا إحدى^(٢٨) إمائى . لأن هذا عيب فيه ، والعيب لا يمنع الكتابة . والله أعلم .

فصل : والكتابة الفاسدة ، أن يكاتبه على عوض مجهول ، أو عوض حال ، أو

(١٩) في أ ، ب : بعنقه .

(٢٠) في م : وإذا .

(٢١) (٢١ - ٢٢) في أ ، م : عتق وكان .

(٢٢) في م : خرج .

(٢٣) في أ ، ب ، م : للكتابة .

(٢٤) في الأصل : شاء .

(٢٥) في م زيادة : أو أمة .

(٢٦) في النسخ : أحد .

مُحَرَّم ، كَالْحَمْرِ وَالْخَزِيرِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ شَرْطًا فَاسِدًا ، فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُهَا ، لَكِنْ يُلْغُو ^(٢٧) الشَّرْطُ ، وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ صَحِيحَةً . وَيَخْرُجُ أَنْ يُفْسِدَهَا ؛ بِنَاءً ^(٢٨) عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى الْعَوَضِ الْمُحَرَّمِ بَاطِلَةٌ ، لَا يَغْنَقُ بِالْأَدَاءِ فِيهَا . وَهُوَ ^(٢٩) اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ فَإِنَّهُ ^(٣٠) رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا كَاتَبَهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَذَى مَا كُتِبَ عَلَيْهِ ، عَتَقَ ، مَا لَمْ تَكُنِ الْكِتَابَةُ مُحَرَّمَةً . فَحَكَمَ بِالْعِتْقِ بِالْأَدَاءِ إِلَّا فِي الْمُحَرَّمَةِ . وَاخْتَارَ ^(٣١) الْقَاضِي أَنَّهُ يَغْنَقُ بِالْأَدَاءِ ، كَسَائِرِ الْكِتَابَاتِ الْفَاسِدَةِ . وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ الْقَاضِي عَلَى مَا إِذَا جَعَلَ السَّيِّدُ الْأَدَاءَ شَرْطًا لِلْعِتْقِ ، فَقَالَ : إِذَا أَذَيْتُ إِلَيَّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . فَأَذَى / إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَغْنَقُ بِالصَّفَةِ الْمَجْرَدَةِ ، لَا بِالْكِتَابَةِ ، وَيَتَّبِعُ فِي هَذِهِ الْكِتَابَةِ حَكْمَ الصَّفَةِ فِي الْعِتْقِ ^(٣٢) بِوُجُودِهَا ، لَا بِحَكْمِ الْكِتَابَةِ ^(٣٣) . وَأَمَّا غَيْرُهَا مِنَ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ ، فَإِنَّهَا تَسَاوِي الصَّحِيحَةَ فِي أَرْبَعَةِ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَغْنَقُ بِأَدَاءِ مَا كُتِبَ عَلَيْهِ ، سَوَاءً صَرَّحَ بِالصَّفَةِ ، فَقَالَ : إِذَا أَذَيْتُ إِلَيَّ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ لَمْ ^(٣٤) يَقُلْ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْكِتَابَةِ يَفْتَضِي هَذَا ، فَيَصِيرُ كَالْمُصْرَّحِ بِهِ ، فَيَغْنَقُ بِوُجُودِهِ ، كَالْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا عَتَقَ بِالْأَدَاءِ ، لَمْ تَلْزَمْهُ قِيَمَةُ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى سَيِّدِهِ بِمَا أَعْطَاهُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَتَرَا جَعَان ، فَيَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ قِيَمَتُهُ ، وَعَلَى السَّيِّدِ مَا أَخَذَهُ ، فَيَتَقَاضَانِ بِقَدْرِ أَقْلِهِمَا ، إِنْ كَانَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَيَأْخُذُ ذُو الْفَضْلِ فَضْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ فَاسِدَةٌ ، فَوَجِبَ التَّرَاجُعُ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ كِتَابَةٌ لِمُعَاوَضَةٍ حَصَلَ

(٢٧) لَمْ : يُلْغِي .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٩) لَمْ : ب . وَهَذَا .

(٣٠) لَمْ : نَهَادَةٌ : قَدْ .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : وَاخْتِيَارٌ .

(٣٢-٣٣) فِي ب : لَوْ وَجُودُهَا لَا حَكْمَ لِلْكِتَابَةِ . وَفِي أ : حَكْمٌ : مَكَانٌ : وَ بِحَكْمٍ .

(٣٣) لَمْ : إِنْ .

(٣٤) فِي ب : وَلَمْ .

الْعَتَقُ فِيهَا بِالْأَدَاءِ ، فَلَمْ يَجِبِ ^(٣٥) التَّرَاجُعُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَقْدُ صَحِيحًا ، وَلَئِنْ مَا
يَأْخُذُهُ ^(٣٦) السَّيِّدُ فَهُوَ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ ، الَّذِي لَمْ يَمْلِكْ كَسْبَهُ ، فَلَمْ يَجِبِ ^(٣٧) عَلَيْهِ رَدُّهُ ،
وَالْعَبْدُ عَتَقَ بِالصَّفَةِ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ .
وَأَمَّا الْبَيْعُ الْفَاسِدُ ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، فَلَارْجُوعَ عَلَى السَّيِّدِ بِمَا أَخَذَهُ ، وَإِنْ
كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ، فَإِنَّهُ أَخَذَ مَا لَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَدَفَعَ إِلَى الْآخَرِ مَا لَا يَسْتَحِقُّهُ ، بِعَقْدِ
الْمَقْصُودِ مِنْهُ الْمُعَاوَضَةُ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا بِخِلَافِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ الْمُكَاتِبَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي
كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ تَضْمَنُ الْإِذْنَ ^(٣٨) فِي ذَلِكَ ، وَلَهُ اخْتِذَ الصَّدَقَاتِ وَالزُّكُوتِ ؛
وَلِأَنَّهُ ^(٣٩) مُكَاتِبٌ يَتَّقَى بِالْأَدَاءِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . الرَّابِعُ ، أَنَّهُ إِذَا
كَاتَبَ جَمَاعَةً كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَذَى أَحَدُهُمْ حَصَّتَهُ ، عَتَقَ . عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يَتَّقَى فِي
الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ حَصَّتِهِ . لِأَنَّ مَعْنَى الْعَقْدِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَاتِبٌ / بِقَدْرِ
حَصَّتِهِ ، مَتَى أَذَى إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْرَ حَصَّتِهِ ، فَهُوَ حُرٌّ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَتَّقَى فِي
الصَّحِيحَةِ إِلَّا أَنْ يُؤَدَّى الْجَمِيعَ . فَهَهُنَا أَوَّلَى . وَتَفَارِقُ الصَّحِيحَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَحْكَامٍ ؛
أَحَدُهَا ، أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّيِّدِ وَالْمُكَاتِبِ فَسْخُوحًا وَرَفْعَهَا ، سَوَاءٌ كَانَ تَمَّ صِفَةً أَوْ لَمْ
تَكُنْ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ لَا يَلْزَمُ حُكْمُهُ ،
وَالصَّفَةُ هَهُنَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ ، وَتَابِعَةٌ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ هِيَ الْمَقْصُودُ ^(٤٠) ، فَلَمَّا
أَبْطُلَ الْمُعَاوَضَةُ الَّتِي هِيَ الْأَصْلُ ، بَطُلَتِ الصَّفَةُ الْمَبْنِيَّةُ عَلَيْهَا ، بِخِلَافِ الصَّفَةِ الْمُبْجَرَدَةِ ،
وَلِأَنَّ ^(٤١) السَّيِّدَ لَمْ يَرْضَ بِهَذِهِ الصَّفَةِ إِلَّا بِأَنْ يُسَلَّمَ لَهُ الْعَوَضُ الْمُسَمَّى ، فَإِذَا لَمْ يُسَلَّمْ ، كَانَ لَهُ
إِبْطَالُهَا ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ؛ فَإِنَّ الْعَوَضَ سَلَّمَ لَهُ ، فَكَانَ الْعَقْدُ لَازِمًا لَهُ .
الثَّانِي ، أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا أَتْرَاهُ مِنَ الْمَالِ ، لَمْ تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ ، وَلَا يَتَّقَى بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ

٢٧٢/١١ ج

(٣٥-٣٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٦) في م : : أخذه .

(٣٧) في ب : : بالإذن .

(٣٨) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٣٩) في م : : المقصودة .

(٤٠) سقطت الواو من : الأصل .

غير ثابت في العقد ، بخلاف الكتابة الصحيحة ، وجرى هذا مجرى الصفة المجردة ، في قوله : إذا أدت إلى ألفا ، فأنت حر . الثالث ، أنه لا يلزم السيد^(١١) أن يؤدي إليه شيئا من الكتابة ؛ لأن العتق ههنا بالصفة المجردة ، فأشبه ما لو قال : إذا أدت إلى ألفا ، فأنت حر . واختلف في أحكام أربعة ؛ أحدها ، في بطلان الكتابة بموت السيد . فذهب القاضي وأصحابه إلى بطلانها . وهو قول الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأنه عقد جائز من الطرفين ، لا يؤول إلى لزوم ، فيبطل بالموت ، كالوكالة ، ولأن المعلن فيها حكم الصفة المجردة ، والصفة تبطل بالموت ، فكذا هذه الكتابة . وقال أبو بكر : لا تبطل بالموت ، ويعتق بالأداء إلى الوارث .^(١٢) وهو قول أبي حنيفة ، رضي الله عنه ؛ لأنه مكاتب يعتق بالأداء إلى السيد ، فيعتق بالأداء إلى الوارث^(١٣) ، كما في الكتابة الصحيحة^(١٤) ، ولأن الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالأداء ، وفي أن الولد يتبعه ، فكذا في هذا . والثاني ، في بطلانها بجنون السيد ، والحجر عليه لسفه ، والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته . والأولى أنها لا تبطل ههنا ؛ لأن الصفة المجردة لا تبطل بذلك ، والمعلن في هذه الكتابة ، حكم الصفة المجردة ، فلا تبطل به . / فعلى هذا ، لو أدى إلى سيده بعد ذلك ، عتق . وعلى قول من أبطلها ، لا يعتق . الثالث ، أن ما في يد المكاتب وما يكتسبه ، وما يقض في يده بعد الأداء ، له دون سيده . في قول القاضي ، ومذهب الشافعي ، رضي الله عنه ، لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها ، فكان هذا الحكم ثابتا فيها ، كالصحيحة . وقال أبو الخطاب : ذلك لسيده في الموضوعين ؛ لأن كسب العبد لسيده ، بحكم الأصل ، والعقد ههنا فاسد ، لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته ، فلم ينقل الملك في الموضوع ، كسائر العقود الفاسدة ، ولأن المعلن فيها حكم الصفة المجردة ، وهي لا تثبت الملك له في كسبه ، فكذا ههنا ، وفارق^(١٥) الكتابة

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) - (١٣) سقط من : ١ ، ب . نقل نظر .

(١٤) في م : ١ وفارقت .

الصَّحِيحَةَ ، فَإِنَّهَا أَثْبَتَتْ^(٤٤) الْمِلْكَ فِي الْعَوْضِي ، فَأُثْبِتَتْهُ فِي الْمُعَوِّضِ . الرَّابِعُ ، هَلْ يَتَّبِعُ
 الْمُكَاتَّبَةُ وَلَدُهَا ؟ قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَّبِعُهَا ؛ لِأَنَّهَا كِتَابَةٌ تُعْتَقُ
 فِيهَا بِالْأَدَاءِ ، فَيُعْتَقُ وَلَدُهَا بِهِ ، كَالكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يَتَّبِعُهَا . وَهُوَ أَقْبَسُ ،
 وَأَصَحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّذِي قَبْلَهُ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرَّقِّ فِيهِ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِنَصٍّ ، أَوْ مَعْنَى
 نَصٍّ ، وَمَا وَجَدَ وَاحِدَهُ مِنْهُمَا ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ
 الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ ، فَيُعْنَى عَلَى الْأَصْلِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤٤) في م : ١ ثبت .

كتاب عتق أمهات الأولاد

أُمُّ الْوَلَدِ : هي التي وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فِي مِلْكِهِ . وَلَا خِلَافَ فِي إِبَاحَةِ التَّسَرُّي وَوُطْءِ
الإِمَاءِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ » إِلَّا عَلَى أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا
مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿ (١) . وقد كانت مَارِيَةُ الْقَيْطِيَّةُ أُمُّ وَلَدٍ لِلنَّبِيِّ ﷺ (٢)
ﷺ ، وَهِيَ أُمُّ إِبْرَاهِيمَ بْنِ النَّبِيِّ ﷺ ، التي قال (٣) : « أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا » (٤) . وكانت
هَاجِرُ أُمُّ إِسْمَاعِيلَ عَلَيْهِ السَّلَام ، سُرِّيَّةُ إِبْرَاهِيمَ (٥) تَحْلِيلِ الرَّحْمَنِ عَلَيْهِ السَّلَام . وكان لَعَمْرُ
ابْنِ الْحَطَّابِ ، / رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أُمَهَاتُ أَوْلَادٍ وَصَّى (٦) لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ بِأَرْبَعِمِائَةِ
أَرْبَعِمِائَةٍ (٧) . وكان لَعَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أُمَهَاتُ أَوْلَادٍ (٨) . ولكن كثير من الصحابة . وكان على
ابْنِ الْحُسَيْنِ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَسَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، مِنْ أُمَهَاتِ أَوْلَادٍ . وَيُرْوَى (٩) أَنَّ النَّاسَ لَمْ
يَكُونُوا يَرْعُبُونَ فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، حَتَّى وُلِدَ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةُ مِنْ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، فَرَعِبَ
النَّاسُ فِيهِنَّ . وَرَوَى عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : كَانَ لَابْنِ رَوَاحَةَ جَارِيَةٌ ، وَكَانَ يُرِيدُ
الْحُلُوهَ بِهَا ، وَكَانَتْ أُمَرَاتُهُ تَرْصُدُهُ ، فَحَلَا الْبَيْتُ ، فَوَقَعَ عَلَيْهَا ، فَتَذَرَتْ بِهِ (١٠) أُمَرَاتُهُ ،

(١) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ .

(٢) في الأصل ، م : « النسي » .

(٣) في م زيادة : « فيها » .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤١/٢ . والبيهقي ، في : باب
الرجل يطأ أمتة بالملك فتلد له ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ . وعبد الرزاق ، في : بيع
أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٩٤/٧ .

(٥) في م : « إبراهيم » .

(٦) في ١ ، م : « أوصى » .

(٧) سقط من : م . وتقدم تخرج أثر عمر ، في : ٥٢٠/٨ .

(٨) انظر : ما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٨٨/٧ .

(٩) في ب ، م : « وروى » .

(١٠) نذرت به : علمت به .

وقالت : أفعلتها^(١١) ؟ قال : ما فعلت . قالت : فافترأ إذا^(١٢) . فقال :

شهدت بأن وعد الله حق
وأن العرش فوق الماء طاف
وتحمله ملائكة شداد
وأن النار مشوى الكافرينا
وفوق العرش رب العالمينا
ملائكة الإله مسومينا

فقالت : أما إذا قرأت فاذهب إذا^(١٣) . فأتى النبي ﷺ ، فأخبره ، قال^(١٤) : فلقد رأيته يضحك حتى ثبذوا نواجذه ، ويقول : هيه ، كيف قلت ؟ . فأكرمه عليه ، فيضحك^(١٥) .

فصل : فإذا وطئ الرجل أمته ، فأنث^(١٦) بوليد بعد وطئه بسنة أشهر فصاعدا ، لحقه نسبه ، وصارت له بذلك أم وليد . وإن أنث بوليد تام لأقل من سنة أشهر ، لم يلحقه نسبه ؛ لأن أقل مدة الحمل سنة أشهر ، بدليل ما روى الحسن ، أن امرأة ولدت لسنة أشهر ، فأتى بها^(١٧) عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه ، فهم برجمها ، فقال له علي ، رضي الله عنه : ليس لك ذلك ، إن الله يقول : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(١٨) . فقد يكون في البطن سنة أشهر ، والرضاع أربعة وعشرون شهرا ، فذلك تمام ما قال الله تعالى : ﴿ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ . فخلّى عنها عمر^(١٩) . وروى عن ابن عباس ، أنه قال ذلك لعثمان^(٢٠) . ومن اعترف بوطء أمته ، فأنث بوليد يمكن أن يكون منه ، لحقه نسبه ، ولم

(١١) في ب ، م : « أفعلها » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل ، ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) انظر ما تقدم في : ٢٩٨/١٣ .

(١٦) في ب زيادة : « له » .

(١٧) في ب زيادة : « إلى » .

(١٨) سورة الأحقاف : ١٨ .

(١٩) تقدم تحريجه ، في : ٢٣٢/١١ .

(٢٠) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب التي تضع لسة أشهر ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٥١/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تلد لسة أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٦/٢ .

يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ ، لَمَّا رَوَى / عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : حَصَّنُوا هَذِهِ الْوَلَايَةَ ، فَلَا يَطُأُ رَجُلٌ وَلَيْدَتَهُ ، ثُمَّ يَنْكِرُ وَلَدَهَا ، إِلَّا أَلَزَمْتَهُ إِيَّاهُ ^(٢١) . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(٢٢) . وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : قَالَ عُمَرُ : أَيُّمَا رَجُلٍ غَشَى أُمَّتَهُ ، ثُمَّ ضَعَبَهَا ، فَالضَّيْعَةُ عَلَيْهِ ، وَالْوَلَدُ وَلَدُهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ أَيْضًا ^(٢٣) . وَلَأنَّ أُمَّتَهُ صَارَتْ فِرَاشًا بِالْوَطءِ ، فَلَحِقَهُ وَلَدُهَا ، كَالْمَرْأَةِ ، وَلِقَوْلِهِ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » ^(٢٤) . فَإِنْ نَفَاهُ سَيِّدُهَا ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعَى أَنَّهُ اسْتَبْرَأَهَا ، وَأَنَّ بِالْوَلَدِ بَعْدَ اسْتِبْرَائِهَا بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَيَنْتَفِي عَنْهُ بِذَلِكَ . وَهَلْ يَحْلِفُ عَلَى ذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ الْحَسَنِ ، قَالَ : إِذَا أَنْكَرَ الرَّجُلُ وَلَدَهُ مِنْ أُمَّتِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَعَنْ الشَّعْبِيِّ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : يَنْتَفِي مِنْ وَلَدِهِ ، إِذَا كَانَ مِنْ أُمَّتِهِ ، مَتَى شَاءَ . وَلَنَا ، قَوْلُ عُمَرَ ، وَأَنَّهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ ، كَوَلَدِهِ مِنْ زَوْجَتِهِ . فَإِنْ أَقْرَبَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ بَعْدَ ذَلِكَ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : إِذَا أَقْرَبَ وَلَدَهُ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِي مِنْهُ ، فَإِنْ انْتَفَى مِنْهُ ، ضَرَبَ الْحَدَّ ، وَالْحَقُّ بِهِ الْوَلَدُ . وَقَالَ شَرِيحُ لِرَجُلٍ ^(٢٥) أَقْرَبَ وَلَدَهُ : لَا سَبِيلَ لَكَ أَنْ تَنْتَفِي مِنْهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ هُنِيَ بِهِ ، فَسَكَتَ ، أَوْ أَمَنَ عَلَى الدُّعَاءِ ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى الرُّضَى بِهِ ، فَقَامَ مَقَامَ الْإِقْرَارِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ يَطُأُ جَارِيَتَهُ ، وَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ يَعْزَلُ عَنْهَا ، لَمْ يَنْتَفِ الْوَلَدُ بِذَلِكَ ؛ لَمَّا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نُصِيبُ النِّسَاءَ ، وَنُحِبُّ الْأَثْمَانَ ، أَفَنَعَزِلُ عَنْهُمْ ؟ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ ، خَلَقَهَا » ^(٢٦) . وَعَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي جَارِيَةً ، وَأَنَا أَطُوفُ عَلَيْهَا ، وَأَنَا أَكْرَهُ أَنْ تُحْمِلَ . فَقَالَ : « اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فَإِنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قَدَّرَ لَهَا » . قَالَ : فَلَيْتَ الرَّجُلُ ، ثُمَّ أَتَاهُ ، فَقَالَ : إِنَّ الْجَارِيَةَ قَدْ حَمَلَتْ . قَالَ : « قَدْ

(٢١) ق ب : « إياها » .

(٢٢) ق : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/٦٣ ، ٦٤ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، ق : باب الرجل يظأ سريره وينتفى من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/١٣٢ .

(٢٣) ق في الباب السابق . السنن ٢/٦٣ .

(٢٤) تقدم تخريجه ، ق : ٣١٦/٧ .

(٢٥) ق م : « الرجل » .

(٢٦) تقدم تخريجه ، ق : ٢٢٩/١٠ .

أَخْبَرْتُكَ ، أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قَدَّرَ لَهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢٧) . وَعَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : كُنْتُ
 أُعْزِلُ / عَنْ جَارِيَّتِي ، فَوَلَدَتْ أَحَبَّ الْخَلْقِ إِلَيَّ . يَعْنِي ابْنَتَهُ ^(٢٨) . وَعَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّ عَمَرَ
 قَالَ : مَا بَالُ رَجَالٍ يَطْلُونُ وَلَا يَذْهَبُونَ ، ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ ، لَا تَأْتِيَنِي وَلَيْدَةٌ يُعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنَّهُ
 أَتَاهَا ، إِلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا ، فَأَعَزَّلُوا بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ أَتْرَكُوا ^(٢٩) . وَلِأَنَّهَا بِالْوَطْءِ صَارَتْ
 فِرَاشًا ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » . وَلَمَّا تَنَازَعَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ وَسَعْدُ ، فِي ابْنِ
 وَلَيْدَةٍ زَمْعَةَ ، فَقَالَ عَبْدٌ : هُوَ أَحْيَى ، وَابْنُ وَلَيْدَةِ أَبِي ، وَلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ :
 « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَلَا أَنَّهُ قَدْ
 يَسْبِقُ مِنَ الْمَاءِ مَا لَا يَحْسُ بِهِ ، فَيُخَلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ،
 مَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ لَا يُلْحَقُ بِهِ مَعَ الْعَزْلِ ، فَرَوَى سَعِيدُ ^(٣٠) ، حَدَّثَنَا ^(٣١) سَفِيَانُ ، عَنْ ابْنِ
 أَبِي نَجِيحٍ ، عَنْ فَتَى مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَانَ يَعْزِلُ
 عَنْ جَارِيَةٍ لَهُ ، فَجَاءَتْ بِحَمْلٍ ، فَشَقَّ عَلَيْهِ ، وَقَالَ : اللَّهُمَّ لَا تُلْحِقْ بَالِي عَمَرَ مَنْ لَيْسَ
 مِنْهُمْ ، فَإِنَّ آلَ عَمَرَ لَيْسَ بِهِمْ خُفَاءٌ . فَوَلَدَتْ وَلَدًا أَسْوَدَ ، فَقَالَ : مَعْنَى هُوَ ؟ فَقَالَتْ : مِنْ
 رَأْعِي الْإِبِلِ . فَحَمِدَ اللَّهُ ، وَاتَّقَى عَلَيْهِ . وَقَالَ ^(٣٢) : حَدَّثَنَا سَفِيَانُ ^(٣٣) ، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ ،
 عَنْ خُزَّاجَةَ ^(٣٤) بِنْتِ زَيْدٍ ^(٣٥) أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ ، كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ فَارِسِيَّةٌ ، وَكَانَ يَعْزِلُ عَنْهَا ،
 فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ ، فَأَعْتَقَ الْوَلَدَ ، وَجَلَدَهَا الْحَدَّ ، وَقَالَ : إِنَّمَا كُنْتُ أَسْتَطِيبُ ^(٣٦) نَفْسِكَ ،
 وَلَا أُبْدِكَ . وَفِي رِوَايَةٍ ، قَالَ : بِمَنْ حَمَلْتُ ؟ قَالَتْ : مِنْكَ . فَقَالَ : كَذَبْتَ ، وَمَا وَصَلَ
 إِلَيْكَ مَتَى مَا يَكُونُ مِنْهُ الْحَمْلُ ، وَمَا أَطَاكَ ، إِلَّا أَكْبَى ^(٣٧) أَسْتَطِيبُ ^(٣٨) نَفْسِكَ . وَقَالَ

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : ٢٣٠/١٠ .

(٢٨) تقدم تخريجه ، في : ١٣٠/١١ .

(٢٩) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٥/٢ ، ٦٦ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يوطأ سريته وينتفي من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٣٦/٧ .

(٣٠) في الأصل : عن .

(٣١) في الباب السابق . السنن ٦٥/٢ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في الباب السابق . المصنف ١٣٥/٧ .

(٣٢) في م زيادة : عن حماد . وليس في السنن .

(٣٣-٣٣) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٣٤) في أ ، ب ، م : استطبت .

(٣٥) في الأصل : أن .

الثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفة : لا نصيرُ فراشا ، ولا يَلْحَقُه ولدها ، إلا أن يُقرَّ بولدها ، فَيَلْحَقُه أولادُها بعد ذلك . ولنا ، ما ذكرناه ، وقولُ عمرَ المَوَافِقُ للسُّنَّةِ أَوَّلَى من قوله فيما خالفها .

فصل : وإن اعترفَ بوطءِ أمته في الدُّبْرِ ، أو دونَ الفَرْجِ ، فقد روى عن أحمد ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، ٢٧٤/١١ ظ أَنَّهُ يَلْحَقُه ولدها ، ونصيرُ فراشا بهذا . وهو / أَحَدُ الوجهَينِ لأصحابِ الشافعي ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . ولأنَّه قد يُجامِعُ ، فيسبقُ الماءُ إلى الفَرْجِ . والصَّحِيحُ في هذا ، إن شاء اللهُ تعالى ، أَنَّها لا نصيرُ به ^(٣٦) فراشا ، لأنَّه ليس بمَنصُوصٍ عليه ، ولا ^(٣٧) هو في ^(٣٧) مَعْنَى المَنصُوصِ ، ولا يَثْبُتُ الحُكْمُ إلا بدليل ، ولا يَتَقَلُّ عن الأَصْلِ إلا بناقلٍ عنه . إذا ثَبَتَ هذا ، فَكُلُّ مَوْضِعٍ لِحَقِّه الولدُ من أمته ، إذا حَمَلَتْ به ^(٣٨) في مَلِكِهِ ، فالولدُ حُرٌّ الأَصْلُ ، لا ولاءٌ عليه ، ونصيرُ به الأُمَّةُ أُمَّ وَلَدٍ .

٢٠١٢ - مسألة ؛ قال : (وأحكامُ أمهاتِ الأولادِ ، أحكامُ الإماءِ ، في جميعِ أمورِهِنَّ ، إلا أَنَّهُنَّ لَا يَبْعَنَ)

وجملةُ ذلك أَنَّ الأُمَّةَ إذا حَمَلَتْ مِنْ سَيِّدِها ، ووَلَدَتْ مِنْه ، ثَبَتَ لها حُكْمُ الاسْتِيلادِ ، وحُكْمُها حُكْمُ الإماءِ ؛ في جِلِّ وَطْئِها لسيِّدِها ، واستِحْدَامِها ، ومِلْكِ كَسْبِها ، وتزويجِها ، وإجارتِها ، وعَتَقِها ، وتكليفِها ، وحَدِّها ، وعَوْرَتِها . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . وحِكْيَى عن مالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِجَارَتُها وتزويجُها ؛ لأنَّه لَا يَمْلِكُ يَبْعُها ، فلا يَمْلِكُ تزويجُها وإجارتِها ، كالْحُرَّةِ . ولنا ، أَنَّها مَمْلُوكَةٌ تَبْتَغِي بِمَوْتِ سَيِّدِها تَزْوِيجَها ، وإجارتِها ، كَالْمُدْبَرَةِ ، ولأنَّها مَمْلُوكَةٌ تَبْتَغِي بِمَوْتِ سَيِّدِها ، فَاسْتَبْهَتِ الْمُدْبَرَةُ ، وإِنَّمَا مَنَعَ يَبْعُها ؛ لِأَنَّها اسْتَحَقَّتْ أَنْ تَبْتَغِيَ بِمَوْتِهِ ، وَيَبْعُها يَمْنَعُ ذَلِكَ ، بخلافِ التَّزْوِيجِ والإِجَارَةِ . وَيَبْطُلُ دَلِيلُهُم بِالْمَوْقُوفَةِ وَالْمُدْبَرَةِ عِنْدَ مَنْ مَنَعَ يَبْعُها . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّها تُخَالِفُ الأُمَّةَ الْيَقْنَ ، في أَنَّها تَبْتَغِي بِمَوْتِ سَيِّدِها مِنْ رَأْسِ المَالِ ، ولا يَجُوزُ يَبْعُها ، ولا

(٣٦) في ب ، م ؛ وهذا .

(٣٧-٣٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(٣٨) سقط من : ب .

التَصَرُّفُ فِيهَا بِمَا يَنْقُلُ الْمَلِكُ ، مِنْ الْهَبَةِ وَالْوَقْفِ ، وَلَا مَا يُرَادُّ لِلْبَيْعِ ، وَهُوَ الرُّهْنُ ، وَلَا ثَوْرَتُهَا ، لِأَنَّهَا تَعْتَقُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ^(١) ، وَيَزُولُ الْمَلِكُ عَنْهَا . رَوَى هَذَا عَنْ عُمَرَ^(٢) ، وَعِثَانَ^(٣) ، وَعَائِشَةَ^(٤) ، وَعَامَّةِ الْفُقَهَاءِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، إِبَاحَةً يَبِيحُهُنَّ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ دَاوُدُ ، قَالَ سَعِيدُ^(٥) : حَدَّثَنَا سَفِيَانُ ، عَنْ عَمْرِو ، عَنْ عَطَاءٍ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي أُمِّ الْوَلِيدِ ، قَالَ : يَغْنَمُهَا ، كَمَا يَبِيعُ شَاتِكَ ، أَوْ بَعِيرَكَ . قَالَ^(٦) : وَحَدَّثَنَا أَبُو عَوَّانَةَ ، / عَنْ مُغِيرَةَ ، عَنْ الشَّعْبِيِّ ، عَنْ عَبِيدَةَ ، قَالَ : خَطَبَ عَلِيُّ النَّاسَ ، ٢٧٥/١١ وَفَقَالَ : شَاوَرَنِي عَمْرُو فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، فَرَأَيْتُ أَنَا وَعَمْرُو أَنَّا أَعْتَقَهُنَّ ، فَقَضَى بِهِ عَمْرُو^(٧) حَيَاتِهِ ، وَعِثَانُ^(٨) حَيَاتِهِ ، فَلَمَّا وَلَيْتُ ، رَأَيْتُ أَنَّ أَرْقَهُنَّ . قَالَ عَبِيدَةُ : فَرَأَى عَمْرُو عَلِيًّا فِي الْجَمَاعَةِ ، أَحَبَّ إِلَيْنَا مِنْ رَأْيِ عَلِيٍّ وَخَذَهُ . وَقَدْ رَوَى صَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَبِي : إِلَى أَى شَيْءٍ تَذْهَبُ فِي بَيْعِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ؟ قَالَ : أَكْرَهُهُ ، وَقَدْ بَاعَ عَلِيٌّ بِنْتُ أَى طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ : لَا يُعْجِبُنِي يَبِيعُهُنَّ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يَصِحُّ يَبِيعُهُنَّ مَعَ الْكَرَاهَةِ . فَجَعَلَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرِوَايَةٍ^(٩) مُخَالَفَةٍ لِقَوْلِهِ : إِنَّهُنَّ لَا يَبِيعُنَّ . لِأَنَّ السَّلَفَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ، كَانُوا يُطْلِقُونَ الْكَرَاهَةَ عَلَى التَّحْرِيمِ كَثِيرًا ، وَمَتَى كَانَ التَّحْرِيمُ وَالْمَنْعُ مُصَرِّحًا بِهِ فِي سَائِرِ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ ، وَجَبَ حَمْلُ هَذَا اللَّفْظِ الْمُحْتَمِلِ ، عَلَى

(١) في ١ ، ب : ١ : سِيدَمَا .

(٢) انظر ما يأتي في خبر علي الذي رواه عبدة .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يباع أمته بالملك فتدله ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى

٣٤٥/١٠ .

(٤) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٣/٢ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٩٠/٧ .

(٥) في الباب السابق . السنن ٦٠/٢ ، ٦١ . والبيهقي ، في : باب الرجل يباع أمته بالملك فتدله ، من كتاب عتق

أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٦٠/٢ ، ٦١ . وابن أبي شيبة ، في : باب في بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع .

المصنف ٤٣٦/٦ ، ٤٣٧ .

(٦) في الأصل زيادة : في ١ .

(٧) في ٧ : م : ١ : رِوَايَةٌ .

المُصْرَج به ، ولا يُجْعَلُ ذلك اختِلافًا . ولمن أجازَ يَبْعُهُنَّ أَنْ يَحْتَجَّ بما رَوَى جابرٌ ، قال :
يَبْعَانِ أُمَهَاتِ الأولادِ ، على عَهْدِ رسولِ الله ﷺ ، وأبى بكرٌ ، ^(٨) فلَمَّا كانَ عمرُ ، رَضِيَ اللهُ
عنه ، نَهَانَا ، فَانْتَهَيْنَا . رواه أبو داود ^(٩) . وما كانَ جائِزًا في عَهْدِ رسولِ الله ﷺ وأبى
بكرٍ ^(٨) ، لم يَجُزْ ^(١٠) نَسْخُهُ بقولِ عمر ولا غيره ، ولأنَّ نَسْخَ الأحكامِ إنما يَجُوزُ في عصرِ
رسولِ الله ﷺ ؛ لأنَّ النَّصَّ إنما يَنْسَخُ بِنَصٍّ ^(١١) . وأما قولُ الصَّحَابِيِّ ، فلا يَنْسَخُ ، ولا
يَنْسَخُ به ؛ فَإِنَّ أَصْحَابَ النَّبِيِّ ﷺ كَانُوا يَتْرَكُونَ أَقْوَالَهُمْ لقولِ رسولِ الله ﷺ ، ولا
يَتْرَكُونَهَا بِأَقْوَالِهِمْ ^(١٢) ، وإِنَّمَا تُحْمَلُ مُخَالَفَةُ عمرَ لِهَذَا النَّصِّ ، على أَنَّهُ لم يَبْلُغْهُ ، ولو بَلَغَهُ لم
يَعُدْهُ إلى غيره ، ولأنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، لم ^(١٣) يَغْنَقْهَا سَيِّدُهَا ، ولا شَيْعَامُهَا ، ولا قِرَابَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ،
فلم يَغْنَقْ ، كَالْوَلَدِ مَنْ أَبِيهِ في نِكَاحٍ أو غيره ، ولأنَّ الأَصْلَ الرُّقُّ ، ولم يَرِدْ بِزَوَالِهِ نَصٌّ ولا
إِجْمَاعٌ ، ولا ما في مَعْنَى ذلك ، فوجِبَ البَقَاءُ عليه ، ولأنَّ وَلادَتَهَا لو كانت مُوجِبَةً
لِعَقْدِهَا ، لَبَيَّتْ الْعَقْدَ بِهَا ^(١٤) حينَ وُجُودِهَا ، كَسَائِرِ أَسْيَابِهِ . ورَوَى عن ابنِ عَبَّاسٍ ، روايةً
أُخْرَى ، أَنَّهُمَا جُعِلَ فِي سَهْمٍ وَلِدَها ؛ لِتَغْنَقَ عَلَيْهِ ^(١٥) . وقال سَعِيدٌ ^(١٦) : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ،
حَدَّثَنَا الأَعْمَشُ ، عن زَيْدِ بْنِ وَهَبٍ ، قال : ماتَ رَجُلٌ مِنَّا ، وَتَرَكَ أُمًّا وَلَدًا ، فَأَرَادَ الْوَلِيدُ أَنْ
عُقْبَةَ أَنْ يَبِيعَهَا في دِينِهِ ، فَأَتَيْنَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ ، فَذَكَّرْنَا ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ
وَلَا ^(١٧) بُدَّ ، فَاجْعَلُوهَا مِن ^(١٨) نَصِيبِ أولادِها . وَلَنَا ، ما رَوَى عِكْرِمَةُ ، عن ابنِ عَبَّاسٍ ،

٢٧٥/١١ ط

(٨-٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٩) في : باب عتق أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ .

(١٠) في الأصل : : نجز .

(١١) في م زيادة : : مثله .

(١٢) في الأصل : : بأقوالكم .

(١٣) في أ ، م : : ولم .

(١٤) في الأصل : : لأنها .

(١٥) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٤٠/٦ .

(١٦) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٣/٢ .

كما أخرجه ، عبد الرزاق ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٨٩/٧ ، ٢٩٠ . وابن أبي

شيبه ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٣٨/٦ .

(١٧) سقطت الواو من : الأصل ، أ .

(١٨) في ب ، م : : في .

قال : قال رسول الله ﷺ : « أَيُّمَا أُمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرِ مِنْهُ » .
وقال ابن عباس : ذُكِرَتْ أُمُ إِبْرَاهِيمَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « أُعْتَقَهَا وَلَكُهَا » .
رَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَةَ ^(١٩) . وَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، فِي « مَسَائِلِهِ » ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، عَنْ
النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَلَا يَتَعَنَّ ، وَلَا يَتَرَهَّنَ ، وَلَا يَرْتُنَّ ، وَيَسْتَمْتَعُ بِهَا
سَيِّدُهَا مَا بَدَّالَهُ ، فَإِنْ مَاتَ ، فَهِيَ حُرَّةٌ ^(٢٠) . وَهَذَا فِيمَا أُظُنُّ عَنْ عَمَرَ ، وَلَا يَصِحُّ عَنِ النَّبِيِّ
ﷺ ، وَلَئِنْ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ عَلِيٍّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ : كَانَ
رَأْيِي وَرَأَى عَمَرٌ ، أَنْ لَا تُبَاعَ أُمَهَاتُ الْأَوْلَادِ . وَقَوْلُهُ : فَقَضَى بِهِ عَمَرُ حَيَاتَهُ وَعَثَانُ
حَيَاتَهُ . وَقَوْلُ عُبَيْدَةَ : رَأَى عَلِيٌّ وَعَمَرُ فِي الْجَمَاعَةِ ، أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ رَأْيِهِ وَخَدِهِ . وَرَوَى
عِكْرَمَةُ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ ^(٢١) عَمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَا مِنْ رَجُلٍ كَانَ يُقِرُّ بِأَنَّهُ يَطَأُ
جَارِيَتَهُ ، ثُمَّ يَمُوتُ ، إِلَّا أُعْتَقَهَا وَلَكُهَا إِذَا وَلَدَتْ ، وَإِنْ كَانَ سَقَطًا ^(٢٢) . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ
تَصِحُّ دَعْوَى الْإِجْمَاعِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ؟ قُلْنَا :
قَدْ رَوَى عَنْهُمْ الرَّجُوعُ عَنِ الْمُخَالَفَةِ ، فَرَوَى ^(٢٣) عُبَيْدَةَ ، قَالَ : بَعَثَ إِلَيَّ عَلِيٌّ وَإِلَى
شُرَيْحٍ ، أَنْ اقْضُوا كَمَا كُنْتُمْ تَقْضُونَ ، فَأَتَيْتُ الْاِخْتِلَافَ ^(٢٤) . وَابْنُ عَبَّاسٍ قَالَ : وَلَدُ
أُمِّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَتِهَا . وَهُوَ الرَّأْيُ لِحَدِيثِ عَتَقِهَا ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَعَنْ عَمَرَ ، فَيَدُلُّ عَلَى
مُوَافَقَتِهِ لَهُمْ . ثُمَّ قَدْ تَبَيَّنَ الْإِجْمَاعُ بِاتِّفَاقِهِمْ قَبْلَ الْمُخَالَفَةِ ، وَاتِّفَاقِهِمْ مَعْصُومٌ عَنِ الْخَطِئِ ،
فَإِنَّ الْأُمَّةَ لَا تَجْتَمِعُ عَلَى ضَلَالَةٍ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْلُوزَ مَنْ عَنْ قَائِمٍ لِلَّهِ بِحُجَّتِهِ ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ

(١٩) الأول في : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤١/٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٣٢٠/١ .

والثاني تقدم ترجمته ، في صفحة ٥٨٠ .

(٢٠) وأخرجه الدارقطني ، في : كتاب المكاتب . سنن الدارقطني ١٣٤/٤ .

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطاء أمته بالملك فتد له ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى

٣٤٦/١٠ . وسعيد ، في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .

(٢٣) في م : قد روى .

(٢٤) أخرجه وكيع ، في : أخبار القضاة ٣٩٩/٢ .

في بعضي العصر^(٢٥) ، لَجَازَ في جَمِيعِهِ ، وَرَأَى الْمُوَافِقَ^(٢٦) في زَمَنِ الْأَتْفَاقِ ، خَيْرٌ مِنْ رَأْيِهِ / في الخِلَافِ بَعْدَهُ ، فَيَكُونُ الْأَتْفَاقُ حُجَّةً عَلَى الْمُخَالِفِ لَهُ مِنْهُمْ ، كَأَوَّلِ حُجَّةٍ عَلَى غَيْرِهِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ كَانَ الْأَتْفَاقُ فِي بَعْضِ الْعَصْرِ^(٢٧) إِجْمَاعًا ، حُرِّمَتْ مُخَالَفَتُهُ ، فَكَيْفَ خَالَفَهُ هَؤُلَاءِ الْأَئِمَّةُ ، الَّذِينَ لَا تَجُوزُ نِسْبَتُهُمْ إِلَى إِزْكَابِ الْحَرَامِ ؟ قُلْنَا : الْإِجْمَاعُ يَنْقَسِمُ إِلَى مَقْطُوعٍ وَمَظْنُونٍ ، وَهَذَا مِنَ الْمَظْنُونِ ، فَيُمْكِنُ وَقُوعُ الْمُخَالَفَةِ مِنْهُمْ لَهُ ، مَعَ كَوْنِهِ حُجَّةً ، كَمَا وَقَعَ مِنْهُمْ مُخَالَفَةُ النَّصُوصِ الظَّنِّيَّةِ ، وَلَمْ^(٢٨) تَخْرُجْ بِمُخَالَفَتِهِمْ^(٢٩) عَنْ كَوْنِهَا حُجَّةً ، كَذَا هُنَا . فَأَمَّا قَوْلُ جَابِرٍ : بَعْنَا أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيُّ بَكَرٍ . فَلَيْسَ فِيهِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّهُ كَانَ يَعْلَمُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وَلَا يَعْلَمُ أَيُّ بَكَرٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ وَاقِعًا مِنْ فَعْلِهِمْ عَلَى انْتِفَادِهِمْ ، فَلَا يَكُونُ فِيهِ حُجَّةٌ ، وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الْأَمْرِ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ هَذَا^(٣٠) وَاقِعًا يَعْلَمُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَيُّ بَكَرٍ ، وَأَقْرَأَ عَلَيْهِ ، لَمْ تَجْزِ مُخَالَفَتُهُ ، وَلَمْ يُجْمَعْ الصَّحَابَةُ بَعْدَهُمَا عَلَى مُخَالَفَتِهِمَا ، وَلَوْ فَعَلُوا ذَلِكَ ، لَمْ يُحْمَلْ مِنْ مُنْكَرٍ يَنْكَرُ عَلَيْهِمْ ، وَيَقُولُ : كَيْفَ يُخَالِفُونَ فِعْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَفَعَلَ صَاحِبِهِ ؟ وَكَيْفَ يَتْرَكُونَ سُنَّتَهُمَا ، وَيُخَرِّمُونَ مَا أَحَلَّ^(٣١) ؟ وَلَا أَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ وَاقِعًا يَعْلَمُهُمَا ، لَاحْتِجٌّ بِهِ عَلَى حِسْنِ رَأْيِ بَيْعَهُنَّ ، وَاحْتِجٌّ بِهِ كُلُّ مَنْ وَافَقَهُ عَلَى بَيْعِهِنَّ ، وَلَمْ يَجْرِ شَيْءٌ مِنْ هَذَا ، فَوَجَبَ أَنْ يُحْمَلَ الْأَمْرُ عَلَى مَا حَمَلْنَاهُ عَلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ فِيهِ^(٣٢) إِذَا حُجَّةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ بَاعُوا أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ فِي النِّكَاحِ ، لَا فِي الْمِلْكِ .

فصل : وَمَنْ أَجَازَ بَيْعَ أُمِّ الْوَلَدِ ، فَعَلَى قَوْلِهِ ، إِنْ لَمْ يَبْعَهَا حَتَّى مَاتَ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَاِرْثٌ إِلَّا وَلَدُهَا ، غَنَقَتْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ^(٣٣) وَاِرْثٌ سِوَى وَلَدِهَا ، حُسِبَتْ مِنْ نَصِيبِ وَلَدِهَا ،

(٢٥) في الأصل : « العصور » .

(٢٦) في الأصل : « الموافقة » .

(٢٧) في م : « ولا » .

(٢٨) في ١ : « لخالفتهم » .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في م زيادة : « من هذا » .

(٣١) في الأصل : م ، « لها » .

فَعَنَقْتُ ، وكان له ما بَقِيَ من ميراثه . وإن لم يَبْقَ شيءٌ ، فلا شيءَ له . وإن كانت أكثر من نصيبه ، عَنَقَ منها قَدْرَ نصيبه ، وباقيا رقيقَ لسائر الورثة ، إلا على قول من قال : إنه إذا ورثَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عليه ، سَرَى العتق إلى باقيه . وإن لم يَكُنْ لها وَلَدٌ من سيدها ، ورثها وورثته^(٣٢) ، كسائر رقيقه .

٢٠١٣ - مسألة ؛ / قال : (وَإِذَا أَصَابَ الْأَمَةُ ، وَهِيَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، بَيْكَاجٌ ، ٢٧٦/١١ ط فَحَمَلَتْ مِنْهُ ، ثُمَّ مَلَكَهَا حَامِلًا ، عَنَقَ الْجَيْنُ ، وَكَانَ لَهُ يَبْعُهَا)

وجملته أنه إذا تزوج أمة غيره ، فأولدها ، أو أختلها ، ثم ملكها بشراء ، أو غيره ، لم تُصِرْ أم ولد له بذلك ، سواءً ملكها حاملاً فولدت في ملكه ، أو ملكها بعد ولادتها . وهذا قال الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأنها عُلِقَتْ منه بمملوك ، فلم يثبت لها حكم الاستيلاء ، كالورثي بها ، ثم اشتراها ، ولأن الأصل الرق ، وإنما حُولِفَ هذا الأصل فيما إذا حملت منه في ملكه ، بقول الصحابة ، رضي الله عنهم ، فسيما عداه يُعْقَى على الأصل . ونقل القاضي ابن أبي موسى ، عن أحمد ، رضي الله عنه ، أنها تصير أم ولد في الحائنين . وهو قول الحسن ، وأبي حنيفة ؛ لأنها أم ولده ، وهو مالك لها ، فيثبت^(١) لها حكم الاستيلاء ، كالوَحَمَلَتْ في ملكه . ولم أجدهم الرواية عن أحمد ، فيما إذا ملكها بعد ولادتها ، إنما نُقِلَ عنه التوقف عنها ، في رواية مهننا ، فقال : لا أقول فيها شيئاً . وصرح في رواية جماعة سواه ، بجواز بيعها ، فقال : لا أرى بأساً أن يبيعها ، إنما الحسن وخذة قال : إنها أم ولد . وقال : أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون : لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها . فإن كان^(٢) عبيدة المسلماني يقول : نبيها . وشرئح ، وإبراهيم ، وعامر ، والشعبي . وأما إذا ملكها حاملاً ، فظاهر كلام أحمد ، رضي الله عنه ، أنها تصير أم ولد . وهو مذهب مالك ، رضي الله عنه ؛ لأنها ولدت منه في ملكه ، فأشبهه مالهو أختلها في ملكه ، وقد صرح أحمد ، رضي الله عنه ، في رواية إسحاق بن منصور ، أنها لا

(٣٢) سقط من : م .

(١) في ب ، م : هـ ثبت .

(٢) سقط من : م .

تكون أم وليد ، حتى تُحْدِثَ عِنْدَهُ حَمَلًا . وَرَوَى عَنْهُ ابْنُهُ صَالِحٌ ، قَالَ : سَأَلْتُ أُمِّي عَنْ
الرَّجُلِ يَنْكِحُ الْأُمَّةَ ، فَقِيلَ مِنْهُ ، ثُمَّ يَتَنَاعَهَا . قَالَ : لَا تَكُونُ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ . قُلْتُ : فَإِنْ
اسْتَبْرَأَهَا ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ . قَالَ : إِذَا كَانَ الْوَطْءُ يَزِيدُ فِي الْوَلِيدِ ، وَكَانَ يَطْوِيهَا بَعْدَ^(٣) مَا
اشْتَرَاهَا ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ^(٤) ، كَانَتْ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ وَطِئَهَا فِي ابْتِدَاءِ
حَمْلِهَا ، أَوْ تَوَسُّطِهِ ،^(٥) صَارَتْ لَهُ^(٦) بِذَلِكَ أُمُّ وَلِيدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي سَمْعِ الْوَلِيدِ / وَيَصْرِهُ .
وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ مَلَكَهَا حَامِلًا ، فَلَمْ يَطْأَهَا حَتَّى وَضَعَتْ ، لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلِيدٍ^(٧) ، وَإِنْ وَطِئَهَا
حَالًا حَمْلُهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَنْ كَمَلَ الْوَلَدُ ، وَصَارَ لَهُ خَمْسَةُ أَشْهُرٍ ، لَمْ تَصِرْ
بِذَلِكَ^(٨) أُمُّ وَلِيدٍ . وَإِنْ^(٩) وَطِئَهَا قَبْلَ ذَلِكَ ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلِيدٍ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ ، قَالَ : أُنْبَعِدَا اخْتَلَطَتْ دِمَاؤُكُمْ وَدِمَاؤُهُنَّ ، وَلُحُومُكُمْ وَلُحُومُهُنَّ ، يَغْتُمُوهُنَّ^(١٠) !
فَعَلَّلَ بِالْمُخَالَطَةِ ، وَالْمُخَالَطَةُ هُنَا حَاصِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلِيدِ ، وَلِأَنَّ لِحْرِيَّةَ الْبَغْضِ
أَثْرًا فِي تَحْرِيرِ الْجَمِيعِ ، بِدَلِيلِ مَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ مِنَ الْعِيدِ . وَقَالَ أَبُو
الْحُطَّابِ : إِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ الشَّرَاءِ ، فَهِيَ أُمُّ وَلِيدٍ . وَكَلَامُ الْخِرَقِيِّ يَقْتَضِي أَنَّهَا لَا تَكُونُ أُمُّ
وَلِيدٍ ، إِلَّا أَنْ تَحْبَلَ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ . وَهُوَ الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي رِوَايَةِ
إِسْحَاقَ بْنِ مَنْصُورٍ ، فَقَالَ : لَا تَكُونُ أُمُّ وَلِيدٍ حَتَّى تُحْدِثَ عِنْدَهُ حَمَلًا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْلُقْ مِنْهُ
بُحْرٌ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُكْمُ الْاِسْتِيلَادِ ، كَالْوَرَثِيِّ بِهَا تَمَّ اشْتِرَاؤها . يَحْفَقُ هَذَا ، أَنَّ حَمْلَهَا مِنْهُ
مَا أَفَادَ الْحَرِيَّةَ لَوْلَيْهِ ، فَلَا نَ لَا يُفِيدُهَا الْحَرِيَّةَ أَوَّلَى . وَيَفَارِقُ هَذَا مَا إِذَا حَمَلَتْ مِنْهُ فِي
مِلْكِهِ ؛ فَإِنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ ، فَيَتَحَرَّرُ بِتَحْرِيرِهِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ زِيَادَةِ الْوَلِيدِ بِالْوَطْءِ ، غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ ؛
فَإِنَّ هَذَا الْوَلَدَ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ زَادَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَزِدْ ، فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِالشُّكِّ ، وَلَوْ ثَبَّتَ أَنَّهُ

(٣) في ب زيادة : « ذلك » .

(٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٥-٥) في م : « كانت » .

(٦) في م زيادة : « له » .

(٧) في م : « به » .

(٨) في م زيادة : « كان » .

(٩) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب ما يعتقها السقط ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٩٦/٧ ، ٢٩٧ . وسعيد بن

منصور ، في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦١/٢ .

زَادَ ، لَمْ يَثْبُتِ الْحُكْمُ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ ، بِدَلِيلِ مَالِ مَلَكَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْ زَيْئٍ مِنْهُ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، فَوَطَّئَهَا ، لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ ، وَإِنْ زَادَ الْوَلَدُ بِهِ ، وَلَئِنْ حُكِمَ الْاسْتِيلَادُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْإِجْمَاعِ فِي حَقِّ مَنْ حَمَلَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَمَا عَدَاهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ ، وَلَيْسَ فِيهِ نَصٌّ ، وَلَا إِجْمَاعٌ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ هَذَا الْحُكْمُ ، وَلَئِنْ أَصْلَ الرُّقِّ ، فَيَنْقُيَ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ .

فصل : قال أحمد ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ ، فَوَطَّئَهَا قَبْلَ وَضْعِهَا : فَإِنَّ الْوَلَدَ لَا يَلْحَقُ بِالْمُشْتَرَى ، وَلَا يَبِيعُهُ ، وَلَكِنْ يَغْتَفِقُ ، لِأَنَّهُ قَدْ شَرَكَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ مَرَّ بِامْرَأَةٍ مُجْبِجٍ ^(١) ، عَلَى بَابِ فُسْطَاطٍ ، فَقَالَ : « لَعَلَّهُ يُزِيدُ أَنْ يُلَمَّ بِهَا ؟ » . قَالُوا : نَعَمْ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنَهُ لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ فِي قَبْرِهِ ، كَيْفَ يَرِيئُهُ ^(٢) » وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ! أُمٌّ كَيْفَ يَسْتَحْدِمُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ! » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣) . يَعْنِي إِنْ اسْتَلْحَقَهُ وَشَرَكَهُ فِي مِيرَاثِهِ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَوْلَدِهِ ، فَإِنْ اتَّخَذَهُ مَمْلُوكًا يَسْتَحْدِمُهُ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَرَكَ فِيهِ ؛ لَكُونِ الْمَاءِ يَزِيدُ فِي الْوَلَدِ .

فصل : وَإِذَا وَطَّئَ الرَّجُلُ جَارِيَةَ وَلَدِهِ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَهَا ، وَتَمَلَّكَهَا ^(٤) ، وَلَمْ يَكُنِ الْوَلَدُ وَطَّئَهَا ، وَلَا تَلَقَّتْ بِهَا حَاجَتَهُ ، فَقَدْ مَلَكَهَا الْأَبُ بِذَلِكَ ، وَصَارَتْ جَارِيَتَهُ ، وَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِي جَارِيَتِهِ الَّتِي مَلَكَهَا بِالشَّرَاءِ ^(٥) . وَإِنْ وَطَّئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْلَى آزُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۚ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۚ فَمَنْ أَتَعْنَى ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ ^(٦) . وَهَذِهِ لَيْسَتْ زَوْجًا لَهُ ، وَلَا مِلْكٌ يَمِينُهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ ^(٧) » .

(١٠) المجح : هي الحامل المُقَرَّبُ الَّتِي عَظُمَ بَطْنُهَا .

(١١) في ١ : ب ، م : ٥ يروونه .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٢٨١/١١ .

(١٣) في ب : ٥ وملكها .

(١٤) في الأصل : المشتري .

(١٥) سورة المؤمنون ٥-٧ .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

فأضاف مَالُ الابنِ إلى أَبِيهِ ، بلامِ المِلْكِ والاستحقاقِ ، فيدُلُّ (١٧) على أَنَّهُ مِلْكُهُ . قلنا : لم يُردِ الشَّيْءُ عَلَيْهِ حَقِيقَةُ المِلْكِ ، بدليلِ أَنَّهُ أَضَافَ إِلَيْهِ الولدَ ، وليسَ بِمَمْلُوكٍ ، وَأَضَافَ إِلَيْهِ مَالَهُ فِي حَالِهِ إِضَافَتِهِ إِلَى الولدِ ، وَلَا يَكُونُ الشَّيْءُ مَمْلُوكًا لِلْكَثَرِ حَقِيقَةً فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ ، وَقَدْ يَثْبُتُ (١٨) المِلْكُ لِلْوَليدِ حَقِيقَةً ، بدليلِ جُلِّ وَطْءِ إِمَائِهِ ، وَالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ ، وَصِحَّةِ بَيْعِهِ وَهَبَتِهِ وَعِتْقِهِ ، وَلَأنَّ الولدَ لو مَاتَ لم يَرِثْ مِنْهُ أَبُوهُ إِلَّا مَا قَدَّرَ لَهُ ، وَلَوْ كَانَ مَالَهُ ، لَا خِصَصَ بِهِ ، وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ ، لم يَرِثْ وَرَثَتُهُ مَالَ ابْنِهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْأَبِ حَجٌّ وَلَا زَكَاةٌ وَلَا جِهَادٌ بِسَارِ ابْنِهِ ، فَعَلِمَ أَنَّ الشَّيْءَ عَلَيْهِ إِذَا أَرَادَ التَّجَوُّزَ ، بِشَبْهِهِ بِمَالِهِ فِي بَعْضِ أَحْكَامِهِ (١٩) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا حَدَّ عَلَى الْأَبِ ؛ لِلشَّبْهِةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لم يَثْبُتْ حَقِيقَةُ المِلْكِ ، فَلَا أَقْلَ مِنْ أَنْ يَكُونَ شَبْهَةً تُدْرَأُ الْحَدَّ ، فَإِنَّ الْحُدُودَ تُدْرَأُ بِالشَّبْهَاتِ ، وَلَكِنْ يُعْزَرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً لَا يَمْلِكُهَا ، وَطِئَ مُحَرَّمًا ، فَكَانَ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ ، كَوَطْءِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا تَعْزِيرَ (٢٠) عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَالَ وَلَدِهِ كَمَالِهِ (٢١) . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ مَبَاحٌ لَهُ ، غَيْرُ مَمْلُومٍ عَلَيْهِ ، وَهَذَا الْوَطْءُ هُوَ عَادِي فِيهِ ، مَمْلُومٌ عَلَيْهِ . وَإِنْ عُلِقَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءِ ذُرِّيٍّ (٢٢) فِيهِ الْحَدُّ لِشَبْهِةِ المِلْكِ ، فَكَانَ حُرًّا ، كَوَلَدِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ، وَلَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ تَصِيرُ مِلْكًا لَهُ بِالْوَطْءِ ، فَيَحْصُلُ غُلُوقُهَا بِالْوَلَدِ وَهِيَ مِلْكٌ لَهُ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ، تَعْتَبَرُ بِمَوْتِهِ ، وَتَنْتَقِلُ إِلَى مِلْكِهِ ، فَيَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا بَعْدَ ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ لَهُ ، وَلَا يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ ، وَلَأنَّ ثُبُوتَ أَحْكَامِ الاسْتِيلَادِ ، إِذَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ فِيمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ ، وَلَا فِي مَعْنَى مَمْلُوكَتِهِ ، فَإِنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ لَهَا هَذَا الْحُكْمُ ، وَلَأنَّ الْأَصْلَ

(١٧) ق ٢ : فدل .

(١٨) ق ١ ، ب : ثبت .

(١٩) ق ١ الأصل ، م : ولده .

(٢٠) ق ٢ : الأحكام .

(٢١) ق ٢ ، م : يعزر .

(٢٢) ق ١ الأصل ، ١ : كويلده .

(٢٣) ق ٢ ، م : ردى .

الرُّقُّ^(٢٤)، فَيَتَّقَى عَلَى الْأَصْلِ، وَلَأنَّ الوَطْءَ الْمُحَرَّمَ لَا يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِلْمِلْكِ، الَّذِي هُوَ نِعْمَةٌ وَكَرَامَةٌ، لِأَنَّهُ يُفَضِّلُ إِلَى تَعَاطِي الْمُحَرَّمَاتِ. وَلَمَّا، أَنَّهُا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ، لِأَجْلِ الْمِلْكِ، فَصَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ، كَالْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَفَارَقَ وَطْءَ الْأَجْنَبِيِّ فِي هَذَا. إِذَا بَنَتْ هَذَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا،^(٢٥) وَلَا قِيَمَتُهَا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا^(٢٦)، وَيَلْزَمُهُ قِيَمَتُهَا؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِ سَيِّدِهَا بِفِعْلِ مُحَرَّمَ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهَا، وَإِنَّمَا لَمْ يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهَا، فَقَدْ دَخَلَتْ قِيَمَةُ الْبُضْعِ فِي ضَمَانِهَا، فَلَمْ يَضْمَنْ ثَانِيًا، كَمَا لَوْ قَطَعَ يَدَهَا فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى نَفْسِهَا، فَإِنَّهُ يَضْمَنْ قِيَمَةَ النَّفْسِ دُونَ قِيَمَةِ الْيَدِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً غَيْرَهُ وَطْءًا مُحَرَّمًا، فَلَزِمَهُ مَهْرُهَا، كَالْأَجْنَبِيِّ، وَيَلْزَمُهُ قِيَمَتُهَا، عَلَى الْقَوْلِ بِكَوْنِهَا أُمُّ وَلَدٍ، كَمَا يَلْزَمُ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ قِيَمَةَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ، إِذَا اسْتَوْلَدَ الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَكَةَ. وَلَمَّا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنْتَ/ وَمَالُكَ لَا يَبُكَ». وَلَأنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ قِيَمَةُ وَلَدِهَا، فَلَمْ يَلْزَمُهُ مَهْرُهَا، وَلَا قِيَمَتُهَا، كَمَمْلُوكَتِهِ، وَلَأنَّهُ وَطْءٌ صَارَتْ بِهِ الْمَوْطُوءَةُ أُمُّ وَلَدٍ، لِأَمْرِ لَا يَخْتَصُّ بِنَعْصِهَا، فَأَشْبَهَ اسْتِيلَادَ مَمْلُوكَتِهِ.

فصل: فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ قَدْ وَطِئَ جَارِيَةً^(٢٧)، ثُمَّ وَطِئَهَا أَبُوهُ فَأَوْلَدَهَا؛ فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فِي مَنْ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةِ ابْنِهِ: إِنْ كَانَ الْأَبُ قَابِضًا لَهَا، وَلَمْ يَكُنِ الْإِبْنُ وَطِئَهَا، فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ فِيهَا شَيْءٌ. قَالَ الْقَاضِي: فَظَاهِرُ هَذَا، أَنَّ الْإِبْنَ إِنْ كَانَ قَدْ وَطِئَهَا، لَمْ تُصِرْ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَبِ بِاسْتِيلَادِهَا؛ لِأَنَّهُا تُحَرِّمُ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا بِوَطْءِ ابْنِهِ لَهَا، وَلَا تُجْعَلُ لَهُ بِحَالٍ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ الْأَجْنَبِيِّ. فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ، لَا يَمْلِكُهَا، وَلَا يَتَعَقَّبُ بِمَوْتِهِ. فَأَمَّا وَلَدُهَا، فَيَتَعَقَّبُ عَلَى أَبْنِيهِ؛ لِأَنَّهُ ذُو رَجِيمٍ مِنْهُ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْبِثَ لَهَا حَكْمُ الْإِسْتِيلَادِ، مِنْ غَيْرِ أَنْ تُجْعَلَ لَهُ، كَمَا لَوْ^(٢٨) اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ الَّتِي وَطِئَهَا ابْنُهُ، فَإِنَّهَا تُصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ، مَعَ كَوْنِهَا مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ عَلَى الثَّابِتِ، فَكَذَلِكَ هُنَا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَذَرُ فِيهِ الْحَدَّ لِشُبُهَةِ^(٢٩) الْمِلْكِ، فَصَارَتْ بِهِ أُمُّ وَلَدٍ، كَمَا لَوْ لَمْ يَطَّأَهَا الْإِبْنُ.

(٢٤) فِي الْأَصْلِ: «الْآلَةُ».

(٢٥-٢٦) سَقَطَ مِنْ: ب. نَقَلَ نَظَرَ.

(٢٦) فِي: أ، ب، م، هـ. جَارِيَةٍ.

(٢٧) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ، أ.

(٢٨) فِي: م: بِشَبْهَةٍ.

فصل : وإن وُطِئَ الابنُ جاريةً أبيه أو أمه ، فهو زَانٍ ، يَلْزَمُهُ الْحَدُّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْتَّحْرِيمِ ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَيَلْزَمُهُ مَهْرُهَا ، وَلَوْ لَدَهُ يَعْتِقُ عَلَى جَدِّهِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ أُمِّهِ ، إِذَا قُلْنَا : إِنَّ وَلَدَهُ مِنَ الرَّئِىِّ يَعْتِقُ عَلَى أَبِيهِ . وَتَحْرُمُ الْجَارِيَةُ عَلَى الْأَبِ عَلَى التَّأْيِيدِ . وَلَا تَجِبُ (٢٩)

قِيمَتُهَا عَلَى الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْهَا عَنْ مِلْكِهِ ، وَلَمْ يَمْنَعْنِ بَيْعُهَا ، وَلَا التَّصَرُّفُ فِيهَا بِغَيْرِ الْإِسْتِمَاعِ . فَإِنْ اسْتَوْلَدَهَا الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ صَادَفَ مِلْكًا ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالُ الْوُطِئِ أُمَّتَهُ الْمَرْهُونَةَ .

فصل : وإن زَوَّجَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ وَطِئَهَا ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَيُعَزَّرُ . قَالَ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يُجْلَدُ ، وَلَا يُرْجَمُ . يَعْنِي أَنَّهُ يُعَزَّرُ بِالْجَلْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ (٣٠) عَلَيْهِ الْحَدُّ ، لَوَجَبَ (٣١) الرَّجْمُ إِذَا كَانَ مُحْصَنًا . فَإِنْ أَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَهُ ، وَتَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ، وَلَوْ لَدَهُ حُرٌّ ، وَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الزَّوْجِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ .

٢٧٩/١١

فصل : ولو مَلَكَ رَجُلٌ أُمَّةً مِنَ الرِّضَاعِ ، أَوْ أُخْتَهُ ، أَوْ ابْنَتَهُ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَطْئُهَا . فَإِنْ وَطِئَهَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ . فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَيُعَزَّرُ . فَإِنْ وَلَدَتْ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَتُسَبِّهُ لِأَحَقِّ بِهِ ، وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَلَكَ أُمَّةً مَجُوسِيَّةً ، أَوْ نِسِيَّةً ، فَاسْتَوْلَدَهَا ، أَوْ مَلَكَ الْكَافِرُ أُمَّةً (٣٢) مُسْلِمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَيُعَزَّرُ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُ وَلَدِهِ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ، تَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَكَذَلِكَ لَوْ وَطِئَ أُمَّتَهُ الْمَرْهُونَةَ ، أَوْ وَطِئَ رَبُّ الْمَالِ أُمَّةً مِنَ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمُّ وَلَدٍ ، وَخَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ وَالْمُضَارَبَةِ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلْمُرْتَهِنِ ، تُجْعَلُ مَكَانَهَا رَهْنًا ، أَوْ تَوْفِيقَةً عَنْ ذَيْنِ الرَّهْنِ ، وَتَنْفَسِيخُ الْمُضَارَبَةِ فِيهَا . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رِبْحٌ ، جُعِلَ الرِّبْحُ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢٩) في زيادة : بسبب .

(٣٠-٣١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣١) سقط من : ب .

٢٠١٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَلِقَتْ مِنْهُ بَحْرٌ فِي مَلِكِهِ ، قَوَّضَتْ بَعْضَ مَا يَتَّبِعُ^(١) فِيهِ خَلْقُ الْإِنْسَانِ ، كَأَنَّهُ لَهْ بِذَلِكَ أُمٌّ وَلَدٌ)

ذكر الخرقى لمصيرها أم ولد شروطاً ثلاثة ؛ أحدها ، أن تعلّق منه بحرٌ . فأمّا إن علقت منه بمملوك ، ويصوّر ذلك في الملك في^(٢) موضعين ؛ أحدهما ، في العبد إذا ملكه سيّده ، وقلنا : إنّه يملك . فإنه إذا وطئ أمته واستولدها ، فولّده مملوك ، ولا يصير الأمة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاء بذلك ، وسواء أذن له سيّده في التسرّي بها أو لم يأذن له . والثاني ، إذا استولّد المكاتب أمته ، فإن ولّده مملوك له ، وأمّا الأمة ، فإنّه لا يثبت لها أحكام أم الولد في العتق بموته في الحالين^(٣) ؛ لأن المكاتب ليس بحرٌ ، ولولّده منها ليس بحرٌ ، فأولى أن لا تتحرّر هي . ومتى عجز المكاتب ، وعاد إلى الرّق ، أو مات قبل أداء كتابته ، فهي أمة قرنٌ ، كأمة العبد القرن . وهل يملك المكاتب بيعها ، والتصرّف فيها ؟ فيه اختلاف ، ذكر / القاضي في موضع ، أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاء ، ولا تصير أم ولد بحال . وهذا أحد قولَي الشافعي ؛ لأنّها علقت بمملوك في ملك غير تام ، فلم يثبت لها^(٤) شيء من أحكام الاستيلاء ، كأمة العبد القرن . وظاهر المذهب أنّها موقوفة ، لا يملك بيعها ، ولا نقل الملك فيها ، فإن عتق ، صارت له أم ولد ، تعتق بموته ، فيثبت لها من حرمة الاستيلاء ، ما يثبت لوّلدها من حرمة الحرية . وقد نص أحمد ، رضي الله عنه ، على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقى ، يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا . الشرط الثاني ، أن تعلّق منه في ملكه ، سواء كان^(٥) من وطئ^(٦) مباح أم محرّم ، مثل الوطء في الحيض ، أو النفاس ، أو الصوم ، أو الإحرام ، أو الظهار ، أو غيره . فأمّا إن علقت منه في غير ملكه ، لم يصير بذلك أم ولد ، سواء علقت منه بمملوك ، أو غرّ من أمة ، ونزوّجها على أنّها حرة فاستولدها ، أو اشترى جارية فاستولدها ، فبانت مستحقة ، فإن الولد حرٌ ، ولا يصير

(١) في ب ، م ؛ ٥ يستين .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) في ا ، ب ، م ؛ ٥ الحال .

(٤) في الأصل ؛ ٥ بها لهذا .

(٥-٥) في ا ، ب ؛ ٥ بوط .

الْأُمَّةُ أُمٌّ وَلَيْدٌ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ بِحَالٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ إِنْ مَلَكَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَيْدٌ . وَقَدْ ذَكَرْنَا^(٦) الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ ، فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ . وَالْمَقْصُودُ بِذِكْرِ هَذِهِ الشُّرُوطِ هَهُنَا ، ثُبُوتُ الْحُكْمِ عِنْدَ اجْتِمَاعِهَا ، وَأَمَّا اتِّفَاؤُهُ عِنْدَ انْتِفَائِهَا ، فَيُذَكَّرُ فِي مَسَائِلٍ مُفْرَدَةٍ لَهَا . الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ تَضَعَ مَا يَتَّبِعُ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ؛ مِنْ رَأْسٍ ، أَوْ يَدٍ ، أَوْ رِجْلٍ ، أَوْ حُطْطِيطٍ ، سَوَاءً وَضَعْتَهُ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا ، وَسَوَاءً اسْقَطْتَهُ ، أَوْ كَانَ تَامًّا . قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِذَا وَلَدَتِ الْأُمُّ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَقَدْ عَتَقَتْ وَإِنْ كَانَ سَقَطًا^(٧) ، وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ : أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا ، وَإِنْ كَانَ سَقَطًا^(٨) . قَالَ الْأَثَرُ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : أُمُّ الْوَلِيدِ ، إِذَا اسْقَطَتْ ، لَا تَعْتِقُ ؟ فَقَالَ : إِذَا تَبَيَّنَ فِيهِ يَدٌ / ، أَوْ رِجْلٌ ، أَوْ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِهِ ، فَقَدْ عَتَقَتْ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ : إِذَا لَبِثَ^(٩) فِي الْخَلْقِ الرَّابِعِ ، فَكَانَ مُحَلَّقًا ، انْقَضَتْ بِهِ عِدَّةُ الْحُرَّةِ ، وَأَعْتَقَتْ بِهِ الْأُمَّةُ . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا إِخْلَافًا بَيْنَ مَنْ قَالَ بِثُبُوتِ حَكْمِ الْاسْتِيلَادِ . فَأَمَّا إِنْ لَبِثَ نُطْقَةً ، أَوْ عِلْقَةً ، لَمْ يَثْبُتْ بِهِ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِوَلِيدٍ . وَرَوَى يُوسُفُ بْنُ مُوسَى ، أَنَّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ قِيلَ لَهُ : مَا تَقُولُ فِي الْأُمَّةِ إِذَا لَبِثَ مُضْغَةً أَوْ عِلْقَةً ؟ قَالَ : تَعْتِقُ . وَهَذَا قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ النَّحْعِيِّ . وَإِنْ وَضَعْتَ مُضْغَةً لَمْ يَظْهَرْ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ خَلْقِ الْآدَمِيِّ ، فَشَهَادَتَاتُ مِنَ الْقَوَائِلِ ، أَنَّ فِيهَا صُورَةَ خَفِيَّةٍ ، تَعَلَّقَتْ بِهَا الْأَحْكَامُ ؛ لِأَنَّهُمْ أَطْلَعُوا عَلَى الصُّورَةِ الَّتِي خَفِيَتْ عَلَى غَيْرِهِمْ . وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِذَلِكَ ، لَكِنْ عَلِمُوا أَنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ ؛ إِمَّا بِشَهَادَتِهِمْ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تُصِيرُ بِهِ الْأُمَّةُ أُمٌّ وَلَيْدٌ ، وَلَا تُنْقَضِي بِهِ عِدَّةُ الْحُرَّةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الضَّارِبِ الْمُتْلِفِ لَهُ الْعُرَّةُ ، وَلَا الْكَفَّارَةُ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَظَاهِرُ مَا نَقَلَهُ الْأَثَرُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَظَاهِرُ قَوْلِ^(١٠) الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَسَائِرِ مَنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَتَّبِعَ شَيْءٌ فِيهِ مِنْ^(١١) خَلْقِ

٢٨٠/١١

(٦) في ١ ، ب : ذكر .

(٧) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يوطأ أمته بالملك فخلد له ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ . وسعيد ، في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦١/٢ .

(٨) في زيادة : ولدها .

(٩) في الأصل : أنكس .

(١٠) في ب ، م : و كلام .

(١١) سقط من : ب ، م .

الآدمي^(١) ؛ لأنه لم يبين فيه شيء من خلق آدمي ، أشبه الطُفَّة والعَلَقَة . والثانية ، تتعلّق به^(٢) الأحكام الأربعة ؛ لأنه مُبتدأُ خلق آدمي ، أشبه إذا تبيّن . وخرّج أبو عبد الله ابن حامد رواية ثالثة ، وهو أن الأمة تصير بذلك أم ولد ، ولا تنقضي به عِدَّة الحرّة ؛ لأنه روى عن أحمد ، رضي الله عنه ، في الأمة إذا وضعت ، فمستة القوايل ، فعلمن أنه لحم ، ولم يتيّن لحمه ؛ فخطأ^(٣) في العِدَّة بأخرى ، ويخطأ بعنق الأمة . وظاهر هذا ، أنه حكّم بعنق الأمة ، ولم يحكم بانقضاء العِدَّة ؛ لأنّ عنق الأمة يحصل للحرّة ، فاخيط بتحصيلها ، والعِدَّة يتعلّق بها تحريم التزويج^(٤) وحُرْمَةُ الفَرْج ، فاخيط بإنقائها . وقال بعض الشافعية بالعكس : لا تحبّ العِدَّة ، ولا تصير الأمة أم ولد ؛ لأنّ الأصل عدم كلّ واحد منهما ، فيبقى على أصله . ولا يصح ؛ لأنّ العِدَّة كانت^(٥) ثابتة ، والأصل بقاؤها على ما كانت^(٦) عليه ، والأصل في آدمي الحرّة ، فتغلب ما يُفَضِّلُ إليها . والله أعلم .

٢٠١٥ - مسألة : قال : (وَإِذَا مَاتَ ، فَقَدْ صَارَتْ حُرَّةً ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا)

يعني أن أم الولد تنعق من رأس المال ، وإن لم يملك سواها . وهذا قول كلّ من رأى عتقهن ، لا تعلم بينهم فيه خلافاً . وسواء ولدت في الصّحة أو المرضي ؛ لأنه حاصل بالتداؤه وشهوته ، وما يتلف في لذاته وشهوته^(١) ، يستوي فيه حال الصّحة والمرض ، كالذي يأكله ويلبسه ، ولأنّ عتقها بعد الموت^(٢) ، وما يكون بعد الموت^(٣) يستوي فيه المرض والصّحة^(٤) ، كقضاء الديون ، والتدبير ، والوصية . ولا تعلم في هذا خلافاً بين

(١٢) في م : الإنسان .

(١٣) في ب : بها .

(١٤) في أ ، ب : فاختط .

(١٥) في ب ، م : التزويج .

(١٦-١٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١) في الأصل ، م : وشهوته .

(٢-٢) سقط من : ب .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مَنْ رَأَى عِنْقَهُنَّ . قَالَ سَعِيدٌ^(٤) : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ نَافِعٍ ، قَالَ :
أَذْرَكَ ابْنُ عَمْرٍو رَجُلَانِ ، فَقَالَا : إِنَّا تَرَكْنَا هَذَا الرَّجُلَ يَبِيعُ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ . يَغْنِيَانِ ابْنَ
الرُّبَيْرِ . فَقَالَ ابْنُ عَمْرٍو : أَتَعْرِفَانِ أَبَا حَفْصٍ ؟ فَإِنَّهُ قَضَى فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ أَنْ لَا يَبِيعَنَّ ، وَلَا
يُوهَبَنَّ ، يَسْتَمْتَعُ بِهَا صَاحِبُهَا ، فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ . وَقَالَ^(٥) : حَدَّثَنَا غِيَاثٌ ، عَنْ
حُصَيْنٍ ، عَنْ عِكْرَمَةَ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَا مِنْ رَجُلٍ
كَانَ يُقْرَبُ بِأَنَّهُ يَطْأُ جَارِيَتَهُ ، وَمَيُوتُ^(٦) ، إِلَّا أُعْتِقَهَا إِذَا وُلِدَتْ ، وَإِنْ كَانَ سَقَطًا .

**فصل : ولا فرق بين المسلمة والكافرة ، والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر ،
والعفيف والفاجر ، في هذا ، في قول^(٧) أهل الفتوى^(٨) من أهل الأمصار ؛ لأن ما يتعلق به
العتق يستوي فيه المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر ، كالتدبير والكتابة ، ولأن عتقها
بسبب اختلاط دمه بلحمها بلحمه ، فإذا استويا في النسب ، استويا في حكمه .
وروى سعيد^(٩) ، حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَخْبَرَنَا مَنْصُورٌ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عَنْ أَبِي عَطِيَّةَ^(١٠)
الْهَمْدَانِيِّ ، أَنَّ عَمْرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ فِي أُمِّ الْوَلِيدِ : إِنَّ أَسْلَمَتْ
وَأُخْصِنَتْ وَعَفَّتْ ، أُعْتِقَتْ ، وَإِنْ كَفَرَتْ وَفَجَرَتْ وَغَدَرَتْ ، رَقَتْ . وَقَالَ^(١١) :
حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ ، أَخْبَرَنَا يَحْيَى عَنْ أُمِّ وَلَدِ رَجُلٍ ارْتَدَّتْ عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَكُتِبَ فِي ذَلِكَ إِلَى
عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَكُتِبَ^(١٢) عُمَرُ^(١٣) : يَبِيعُوهَا^(١٤) بِأَرْضٍ لَيْسَ بِهَا^(١٥)**

(٤) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .
كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يطأ أمته بالملك فتدله ، وباب الخلاف في أمهات الأولاد ، من كتاب عتق
أمهات الأولاد . السنن الكبرى ٣٤٣/١٠ ، ٣٤٨ . وعبد الرزاق ، في باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق .
المصنف ٣٩٢/٧ ، ٣٩٣ .

(٥) تقدم ترجمته ، في : صفحة ٥٨٦ .

(٦) سقطت الواو من : أ ، ب . وفي السنن : ثم يموت .

(٧) في زيادة : أئمة .

(٨) في الأصل : التقوى .

(٩) في : باب ما جاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٢/٢ .

(١٠) أي : مالك بن عامر .

(١١) في الباب نفسه . السنن ٦٢/٢ ، ٦٣ .

(١٢) في م : وكتب .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤-١٥) في م : ليس بها .

أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ دِينِهَا . وَإِذَا كَانَ مَبْنًى عِنْتُ أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى قَوْلِ عَمَرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ،
وَقَدْ قَالَ هَذَا الْقَوْلُ ، فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ يَخْتَصُّ الْعِنْتُ بِالْمُسْلِمَةِ الْعَفِيفَةِ / دُونَ^(١) الْكَافِرَةِ ٢٨١/١١ وَ
الْفَاجِرَةِ ؛ لِإِتْفَاءِ الدَّلِيلِ الَّذِي ثَبَتَ بِهِ عِنْتُهُنَّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٠١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا صَارَتِ الْأُمَةُ أُمٌ^(١) وَلَدٌ ،^(٢) بِمَا وَصَفْنَا ، ثُمَّ
وَلَدَتْ^(٣) مِنْ غَيْرِهِ ، كَانَ لَهُ حُكْمُهَا فِي الْعِنْتِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا)

وَحَمَلَتْهُ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا وَلَدَتْ بَعْدَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْأَسْتِيلَادِ لَهَا مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا ، مِنْ زَوْجٍ أَوْ
غَيْرِهِ ، فَحُكْمُ وَلَدِهَا حُكْمُهَا ، فِي أَنَّهُ يَغْتَنِي بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، وَيَجُوزُ فِيهِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ مَا
يَجُوزُ فِيهَا ، وَيَمْتَنِعُ فِيهِ مَا يَمْتَنِعُ فِيهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : قَالَ ابْنُ عَمَرٍ ، وَابْنُ
عَبَّاسٍ ، وَغَيْرُهُمَا : وَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا^(٤) . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِثُبُوتِ حُكْمِ
الْأَسْتِيلَادِ ، إِلَّا أَنَّ عَمْرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : هُمْ عَبِيدٌ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ
أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُمْ حُكْمُ أُمِّهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِيلَادَ مُحْتَصٌ^(٥) بِهَا ، فَيَخْتَصُّ بِحُكْمِهِ . كَوَلَدِ مَنْ
عُلِقَ عِنْتُهَا بِصِفَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُمْ عَبِيدٌ ، حُكْمُهُمْ حُكْمُ أُمِّهِمْ ، مِثْلُ قَوْلِ
الْجَمَاعَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، فَيَتَّبِعُهَا فِي سَبَبِهِ^(٦) إِذَا كَانَ مُتَاكِدًا ، كَوَلَدِ
الْمُكَاتِبَةِ وَالْمُدَبِّرَةِ ، بَلْ وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْعِنْتِ فِيهَا مُسْتَقَرٌّ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى
إِبْطَالِهِ بِحَالٍ . فَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الْوَلَدِ قَبْلَ سَيِّدِهَا ، لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ الْأَسْتِيلَادِ فِي الْوَلَدِ ، وَتَغْتَنِي
بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَبْطُلْ ، وَإِنَّمَا^(٧) ثَبُتَ الْحُرِّيَّةُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا .
وكَذَلِكَ وَلَدُ الْمُدَبِّرَةِ ، لَا يَبْطُلُ الْحُكْمُ فِيهِ بِمَوْتِ أُمِّهِ . وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتِبَةِ إِذَا مَاتَتْ ، فَإِنَّهُ

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب ، هـ : يَرْقُ .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢-٢) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرِو بْنِ أَبِي عَمْرٍو : فِي : بَابِ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا بَعْدَ الْأَسْتِيلَادِ ، مِنْ كِتَابِ عِنْتُ أُمّهَاتِ الْأَوْلَادِ .

السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤٨/١٠ ، ٣٤٩ .

(٤) فِي : أ ، ب ، هـ : يَخْتَصُّ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : نَسَبِهِ . وَفِي : أ : السَّبَبِ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

يعود رقيقاً ؛ لأنَّ العَقْدَ يُظَلُّ بِمَوْتِهَا ، فلم يَبْقَ حُكْمُهُ فِيهِ . وقد ذَكَرْنَا فِي هَذَا اخْتِلَافًا فِيمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ أُمَّ الْوَلَدِ ، أَوِ الْمُدْبِرَةَ ، لم يَتَعَيَّنْ وَلَدُهَا ، لِأَنَّهُا عَتَقَتْ بِغَيْرِ السَّبَبِ ^(٧) الَّذِي يَتَّبِعُهَا فِيهِ ، وَيَبْقَى عَتَقُهُ مَوْفُوقًا عَلَى مَوْتِ سَيِّدِهِ . وكذلك إِنْ أَعْتَقَ وَلَدُهَا ، لم يَتَعَيَّنْ بِعَتَقِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَ الْمُكَاتِبَةَ ، فَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، وَسُفْيَانُ ، وَإِسْحَاقُ : الْمُكَاتِبَةُ إِذَا أَدَّتْ أَوْ أَعْتَقَتْ ، عَتَقَ وَلَدُهَا ، وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدْبِرَةُ إِذَا أَعْتَقَتْ ، لم يَتَعَيَّنْ وَلَدُهَا حَتَّى يَمُوتَ السَّيِّدُ . فظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ وَلَدَ / الْمُكَاتِبَةِ يَتَّبِعُهَا فِي الْعَتَقِ بِإِعْتِاقِ سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ مَالِهَا ، يَسْتَحِقُّ كَسْبَهُ ، فَيَتَّبِعُهَا إِذَا أَعْتَقَهَا كَالِهَا ، وَلِأَنَّ إِعْتِاقَهَا يَمْنَعُ أَدَاءَهَا بِسَبَبٍ مِنَ السَّيِّدِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَبْرَأَهَا مِنْ مَالِ الْكَتَابَةِ .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ اسْتِيلَادِهَا ، وَوَلَدُ الْمُدْبِرَةِ قَبْلَ تَذْيِيرِهَا ، وَالْمُكَاتِبَةُ قَبْلَ كِتَابَتِهَا ، فَلَا يَتَّبِعُهَا ؛ لِوُجُودِهِ قَبْلَ انْعِقَادِ السَّبَبِ فِيهَا ، وَزَوَالِ حُكْمِ التَّبَعِيَّةِ عَنْهُ قَبْلَ تَحْقِيقِ السَّبَبِ فِي أُمِّهِ ، وَلِهَذَا لَا يَتَّبِعُهَا فِي الْعَتَقِ الْمُتَنَجِّزِ ، فِي السَّبَبِ أَوَّلَى . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي وَلَدِ الْمُدْبِرَةِ قَبْلَ التَّذْيِيرِ رِوَايَتَيْنِ ، فَيُخَرِّجُ هَهُنَا مِثْلَهُ ، وَهُوَ بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمُتَفَصِّلَ لَا يَتَّبِعُهَا فِي عَتَقِ ، وَلَا بَيْعٍ ، وَلَا هِبَةٍ ، وَلَا زَهْرٍ ، وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، سِوَى الْإِسْلَامِ ، بِشَرْطِ كَوْنِهِ صَغِيرًا ، فَكَيْفَ يَتَّبِعُ فِي التَّذْيِيرِ ! وَلِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا قِيَاسَ يَقْتَضِيهِ ، فَيَبْقَى بِحَالِهِ .

٢٠١٧ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ ، مَنِعَ مِنْ وَطْئِهَا ، وَالتَّلَذُّذِ بِهَا ، وَأُجْبِرَ عَلَى تَفْقِئِهَا . فَإِذَا أَسْلَمَ ، حَلَّتْ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، عَتَقَتْ) وَجْهُهُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَافِرَ يَصِيحُ مِنَ الْإِسْتِيلَادِ لِأَمِّيهِ ، كَمَا يَصِيحُ مِنْهُ عَنْتُقُهَا . وَإِذَا اسْتَوَلَدَ الذَّمِّيُّ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ ، لم تَعْتَقِ فِي الْحَالِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْمَالِكُ : لَتَعْتَقُ ، إِذَا لَا بَسِيلَ إِلَى بَيْعِهَا ، وَلَا إِلَى إِفْرَارِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِثْبَاتِ مِلْكِ كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالْأَمَةِ الْقَرْنِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا تُسْتَسْمَى ، فَإِنْ أَدَّتْ ، عَتَقَتْ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِيقَيْنِ ، حَقِّقَهَا أَنْ لَا يَبْقَى مِلْكُ الْكَافِرِ عَلَيْهَا ، وَحَقُّهُ فِي حُصُولِ عَوْضِ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَهَا إِذَا لم تَكُنْ أُمُّ وَلَدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِسْلَامٌ طَرَأَ عَلَى مِلْكٍ ، فَلَمْ يُوجِبْ عَتَقًا ، وَلَا سِعَايَةً ، كَالْعَبْدِ الْقَرْنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مُجَرَّدٌ

(٧) فِي أ ، ب : هَذَا .

(٨) فِي الْأَصْلِ : النَّسَبُ .

حِكْمَةٍ لَمْ يُعْرِفْ مِنَ الشَّارِعِ اعْتِبَارُهَا ، وَيَقَابِلُهَا ^(١) ضَرَرٌ ، فَإِنْ فِي عَقِبِهَا مَجَانًا إِضْرَارًا بِالْمَالِكِ ، بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ / بغير ^(٢) عَوَضٍ ، وَفِي الِاسْتِئْجَاءِ الزَّامُ لَهَا بِالْكَسْبِ بِغَيْرِ رِضَاها ، وَتَضْيِيعُ لِحَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِحَالَةٌ عَلَى سِعَايَةٍ لَا تُدْرِي هَلْ يَحْصُلُ مِنْهَا شَيْءٌ أَوْ ^(٣) لَا ؟ وَإِنْ حَصَلَ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكُونُ سَيِّئًا ، فِي أَوْقَاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وَجُودُهُ قَرِيبٌ مِنْ عَدَمِهِ ، وَالْحَقُّ أَنْ يَبْقَى الْمِلْكُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَيُمنَعُ مِنْ وَطْئِهَا ، وَالتَّلَذُّذُ بِهَا ، كَمَا لَا يَطْأُهَا وَيَتَذَلُّهَا وَهُوَ مُشْرِكٌ ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَيُمنَعُ الْخُلُوءُ بِهَا ، لِئَلَّا يُفْضَى إِلَى الْوَطْءِ الْمُحْرَمِ ، وَيُجَبَّرَ عَلَى نَفَقَتِهَا عَلَى التَّمَامِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، وَمَنْعُهُ مِنْ وَطْئِهَا بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ مِنْهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْحَائِضَ وَالْمَرِيضَةَ ، وَتُسَلَّمُ إِلَى امْرَأَةٍ ثَقِيَّةٍ ، تَكُونُ عِنْدَهَا ، لِتَحْفَظَهَا ، وَتَقُومَ بِأَمْرِهَا ، وَإِنْ اخْتَلَجَتْ إِلَى أَجْرٍ ، أَوْ أَجَرَ مُسَكِّنٍ ، فَعَلَى سَيِّدِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ نَفَقَتَهَا فِي كَسْبِهَا ، وَمَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهَا فَهُوَ لِسَيِّدِهَا . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ نَفَقَتِهَا ، فَهَلْ يُلْزَمُ سَيِّدُهَا تَمَامُ نَفَقَتِهَا ^(٤) ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَنَحْنُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ نَفَقَتَهَا عَلَى سَيِّدِهَا ، وَكَسْبُهَا ، يَصْنَعُ بِهِ مَا شَاءَ وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا ^(٥) عَلَى التَّمَامِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا كَسْبٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ ^(٦) ، وَلَمْ يَجْرِ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ يُسْقِطُ نَفَقَتَهَا ^(٧) ، وَلَا يَمْلِكُ بِهِ كَسْبُهَا ، فَأَشْبَهَتْ أَمَتَهُ الْقَرْنَ ، أَوْ مَا قَبْلَ إِسْلَامِهَا ، وَلِأَنَّ الْمِلْكَ سَبَبٌ لَهُذَيْنِ الْحُكْمَتَيْنِ ، وَالْحَادِثُ مِنْهُمَا لَا يَصْلُحُ مَا نَعَا ؛ لِأَنَّ الِاسْتِیْلَادَ لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا ، بِدَلِيلِ مَا قَبْلَ إِسْلَامِهَا ، وَالِإِسْلَامُ لَا يَمْتَنِعُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ وَجَدَ قَبْلَ وَلَاذِنَتِهَا ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يَمْتَنِعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصْرَ فِيهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمُتَنَوِّصِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تُلْزَمْ نَفَقَتُهَا ، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ، أَفْضَى إِلَى هَلَاكِهَا وَضْيَاعِهَا ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ فَاضِلَ كَسْبِهَا ، فَيُلْزَمُهُ فَضْلُ نَفَقَتِهَا ، كَسَائِرِ مَمَالِكِهِ .

٢٠١٨ - مسألة ^(٨) ؛ قَالَ : (وَإِذَا عَقَّتْ ^(٩) أُمُّ الْوَلَدِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَمَا كَانَ فِي

(١) ق م : وَيَقَابِلُهَا .

(٢) فِي الْأَصْلِ : مِنْ غَيْرِ .

(٣) ق ب : أَمْ .

(٤) ق ب : نَقَصَهَا .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٧) سَقَطَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ : ب .

(٨) ق ب : أَعْتَقَتْ .

يَدَهَا مِنْ شَيْءٍ ، فَهُوَ لَوَرَثَةٍ سَيِّدَهَا)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ، لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ أُمَّةٌ ، وَكَسَبَهَا السَّيِّدَهَا ^(٣) ، وَسَائِرُ مَا فِي يَدِهَا لَهَا ، فَإِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا فَعَقَّتْ ، انْتَقَلَ مَا فِي يَدِهَا إِلَى وَرَثَتِهِ ، كَسَائِرِ مَالِهِ ، وَكَأَنَّ يَدَ الْمُدَبِّرَةِ ، وَتُخَالِفُ الشُّكَاةَ ؛ فَإِنَّ كَسَبَهَا فِي حَيَاةِ سَيِّدِهَا لَهَا ، فَإِذَا عَقَّتْ ، بَقِيَ لَهَا ، كَمَا كَانَ لَهَا قَبْلَ الْعِنَقِ . ٢٨٢/١١ ط

٢٠١٩ - مسألة قال : (وَلَوْ أَوْصَى لَهَا بِمَا فِي يَدِهَا ، كَانَ لَهَا ، إِذَا اخْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ)

وجعلته أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِأُمِّ الْوَلَدِ تَصَحُّحٌ . لَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ الْقَائِلِينَ بِثُبُوتِ حُكْمِ الْاِسْتِيلَادِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَدْ رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ هُشَيْمٍ ، حَدَّثَنَا حُمَيْدٌ ، عَنْ الْحَسَنِ ، أَنَّ عَمْرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، أَوْصَى لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ ^(١) بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ (أَرْبَعَةَ آلَافٍ) . وَلِأُمِّ الْوَلَدِ خُرَّةً فِي حَالِ نِفَاقِ الْوَصِيَّةِ لَهَا ؛ لِأَنَّ عَقْفَهَا يَتَنَجَّزُ بِمَوْتِهِ ، فَلَا تَقَعُ الْوَصِيَّةُ لَهَا إِلَّا فِي حَالِ خُرَّتِهَا . وَأَمَّا قَوْلُهُ : إِذَا اخْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ . فَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ كُلَّهَا لَا تَلْزَمُ إِلَّا فِي الثَّلَاثِ فَمَا دُونَ ، وَهَذَا مِنْهَا ، وَمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ يَقِفُ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ أَجَازُوهُ جَازَ ، وَإِلَّا رُدَّ إِلَى الْوَرَثَةِ . وَلَا تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّهَا تُعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَلَا تُحْتَسَبُ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَقَضَاءِ الدَّيُونِ ، وَأَدَاءِ الْوَاجِبَاتِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى ^(٢) لِمُدَبِّرِهِ أَوْ مُدَبِّرَتِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا ، إِلَّا أَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ وَمَا أَوْصَى لَهُ بِهِ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ تَبَرُّعٌ ، فَكَانَ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَالْوَصِيَّةِ . فَإِنْ خَرَجَا مِنَ الثَّلَاثِ عَقَقَ ، وَكَانَ مَا أَوْصَى بِهِ لَهُ ، وَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ فِي حَالِ حُرِّيَّتِهِ ، فَأُشْبِهَتْ الْوَصِيَّةَ لِأُمِّ وَلَدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثَّلَاثِ ، اعْتَبِرَتْ قِيَمَتُهُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَيُعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، لِيُعْتَقَ دُونَ الْمَالِ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، عَقَقَ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ بَعْدَ عَقْفِهِ ، فَلَهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ تَمَامُ الثَّلَاثِ ، وَيَقِفُ مَا زَادَ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ .

(٣) سقط من : الأصل .

(١) في ب : الأولاد .

(٢) في م : درهم .

وتقدم تحريمه ، في : ٥٢٠/٨ .

(٣) في ب ، م : أوصى .

٢٠٢٠ - مسألة : قال : (وَإِذَا مَاتَ عَنْ أُمِّ وَلَدِهِ ، فَعِدَّتُهَا حَيْضَةٌ)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا اسْتِثْنَاءُ نَفْسِهَا ، لخروجها/ عن^(١) مِلْكِ سَيِّدِهَا ٢٨٣/١١
الذى كَانَ يَطْوُهَا ، فكان ذلك بِحَيْضَةٍ ، كما لو أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا فِي حَيَاتِهِ . وَإِنَّمَا سَمِّيَ
الْخِرْقَى هَذَا عِدَّةً ؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ أَشْبَهَ الْعِدَّةَ فِي كَوْنِهِ يَمْنَعُ النِّكَاحَ ، وَتَحْصُلُ بِهِ مَعْرِفَةُ
بِرَاعَتِهَا مِنَ الْحَمْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعِدَّةِ ، وَالْخِلَافَ فِيهَا فِيمَا^(٢) مَضَى^(٣) .

٢٠٢١ - مسألة : قال : (وَإِذَا جَنَّتْ أُمُّ الْوَلَدِ ، فَدَاهَا سَيِّدُهَا بِقِيمَتِهَا أَوْ ذُوْنَهَا)

وَحَمْلُهُ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَّتْ ، تَعَلَّقَ أَرْضُ جِنَانَتِهَا بِرَقَبَتِهَا ، وَعَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَفْدِيَهَا بِأَقْلِ
الْأَمْثَرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ^(١) (أَرْضِ جِنَانَتِهَا) . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ
الْعَزِيزِ قَوْلًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَفْدِيهَا بِأَرْضِ جِنَانَتِهَا بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهَا فِي الْجِنَانَةِ ،
فَلَزِمَهُ أَرْضُ جِنَانَتِهَا بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ ، كَالِقِنْ . وَقَالَ أَبُو تَوْرٍ ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ : لَيْسَ عَلَيْهِ
فِدَاؤُهَا ، وَتَكُونُ جِنَانَتُهَا فِي ذِمَّتِهَا ، تُتَّبَعُ بِهَا إِذَا عَتَقَتْ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهَا ، فَلَمْ
يَكُنْ^(٣) عَلَيْهِ فِدَاؤُهَا كَالْحُرَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُ كَسَبُهَا ، لَمْ يُسَلِّمْهَا ، فَلَزِمَهُ أَرْضُ
جِنَانَتِهَا ، كَالِقِنْ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَزِدْهُ زِيَادَةً عَلَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ تَسْلِيمِهَا ، وَإِنَّمَا الشَّرْعُ
مَنَعَ ذَلِكَ ؛ لَكَوْنِهَا لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ، وَلَا لِنَقْلِ الْمِلْكِ فِيهَا ، وَفَارَقَ^(٤) الْقِنْ إِذَا لَمْ
يُسَلِّمْهَا ، فَإِنَّهُ^(٥) أَمَكَّنَ أَنْ يُسَلِّمَهَا لِلْبَيْعِ ، فَرُبَّمَا زَادَ فِيهَا مَزِيدًا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا ؛ فَإِذَا مَتَّعَ
مَالِكُهَا مِنْ تَسْلِيمِهَا ، أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ الْأَرْضَ بِكَمَالِهِ . وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَا يَحْتَمِلُ ذَلِكَ فِيهَا ؛
فَإِنْ بَيَّعَهَا غَيْرُ جَائِزٍ ، فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا .

(١) فِي الْأَصْلِ : مِنْ هـ .

(٢) فِي ١ ، ب هـ ، ع : عَلَى مَا هـ .

(٣) انظر ما تقدم في ٢٠٩/١١ .

(١-١) ق م : دُونِهَا هـ .

(٢) ق ١ : هـ أَعْتَقَتْ هـ .

(٣-٣) فِي الْأَصْلِ : هـ فَمَا يَكُون هـ .

(٤) ق م : هـ وَفَارَقَتْ هـ .

(٥) ق م زِيَادَةٌ : هـ إِنْ هـ .

فصل : وإذا مائت قبل فداؤها ، فلا شيء على سيدها ، لأنه لم يتعلّق بذمته شيء ، وإنما تعلّق برقيتها ، فإذا مائت سقط الحق ؛ لتلف متعلّقه . وإن نقصت قيمتها قبل فداؤها ، وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء ؛ لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء ، فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها . وإن زادت قيمتها ، زاد فداؤها ؛ لأن متعلّق الحق زاد ، فزاد الفداء بزيادته ، كالرقيق / القرن . ويتبيّن أن تحسب قيمتها بمعينة بعيب^(٦) ٢٨٣/١١ ط الاستيلاء ؛ لأن ذلك ينقصها^(٧) ، فاعتبر كالمرض^(٨) وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فداؤها ، وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد ، فيجب أن ينقص فداؤها ، وأن يكون^(٩) مقدراً بقيمتها^(١٠) في حال كثرها أم ولد ، والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد ، إلا أنها يجوز بيعها ، في رواية ، فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها . وإن امتنع منه ، فهل يقديها بأقل الأثرين ، أو يلزمه أرض الجناية بالغما ما بلغ^(١١) ؟ يُخرج على روايتين .

فصل : وإن كسبت بعد جنايتها شيئاً ، فهو لسيدها ؛ لأن الملك ثابت له دون المجنبي عليه . وإن ولدت ، فهو لسيدها أيضاً ؛ لأنه منفصل عنها ، فأشبه الكسب . وإن فداها في حال حملها ، فعليه قيمتها حاملاً ؛ لأن الولد متصل بها ، فأشبه سيمتها^(١٢) . وإن أثلّفها سيدها ، فعليه قيمتها ؛ لأنه أثلّف حق غيره ، فأشبه ما لو أثلّف الرهن . وإن نقصها ، فعليه ينقصها ؛ لأنه لما ضمّن العين ، ضمّن أجزاءها . والله أعلم .

٢٠٢٢ — مسألة ؛ قال : (فإن عادت فجئت ، فداها ، كمّا وصفت)

وجملته أن أم الولد إذا جئت جنائيات ، لم تحل من أن تكون الجنائيات كلها قبل فداء

(٦) في ١ : لعيب .

(٧) في ب ، م : نقصها .

(٨) في الأصل : كالمرض . وفي ١ : المرض .

(٩-٩) في ب ، م : مقدار قيمتها .

(١٠) في الأصل : بلغت .

(١١) في م : سمها .

شئٍ منها أو بعده ^(١) ؛ فإن كانت كلاً ^(٢) قبل الفداء ، تعلق أرض الجميع برقيتها ، ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها ، أو أرض جميعها ، وعليه الأقل منها ، ويشترك المَجْنِيُّ عليهم في الواجب لهم ، فإن وفَّى بها ، وإلا تحاصروا فيه بقدرِ أرض جناباتهم . وإن كان الثاني بعد فدايته ^(٣) من الأولى ، فعليه فداؤه ^(٤) من التي بعدها ، كما فدى الأولى . وقال أبو الخطاب ، عن أحمد ، رضى الله عنه ، رواية ثانية : إذا فداها بقيمتها مرة ، لم يلزمه فداؤها بعد ذلك ؛ لأنها جانية ^(٥) ، فلم يلزمه أكثر من قيمتها ، كالم لم يكن فداها . وقال الشافعي ، رضى الله عنه ، في أحد قوليّه : لا يضمُّها ثانياً ، ومشارك الثاني الأول فيما أخذه ، كالم كانت الجنایات قبل فدايها . ولنا ، أنها أم / وليد جانية ، فلزمه فداؤها ، ٢٨٤/١١ كالأولى ، ولأن ما أخذه الأول عوض جنابته ، أخذه بحق ، فلم يجز أن يشاركه غيره فيه ، كأرض جناية الحر ، أو الرقيق القرن ، وفارق ما قبل الفداء ؛ لأن أرض الجنایات تعلق برقيتها في وقت واحد ، فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة ، كالم كانت الجنایات على واحد ..

فصل : فإن أبرأ بعضهم من حقه ، توفّر الواجب على الباقي ، إذا كانت كلها قبل الفداء ، وإن كانت الجنایة المعفو عنها بعد فدايته ، توفّر أرضها على سيدها . والله أعلم .

٢٠٢٣ - مسألة : قال : (وَوصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة)

أما الوصية لها ، فقد ذكرناها . وأما الوصية إليها ، فجائزة ؛ لأنها في حال نفوذ الوصية حرة ، فأشبهت زوجته ، أو غيرها من النساء . ويُعتبر لصحة الوصية إليها ، ما يُعتبر في غيرها ؛ من العدالة ، والعقل ، وسائر الشروط . وسواء كانت الوصية على أولادها ، أو غيرهم ، أو وصى إليها بتفريق ثلثه ، أو قضاء دينه ، أو إمضاء وصيته ، أو غير ذلك .

(١) في الأصل ، ا ، ب : بعده .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : فداها .

(٤) في م : فداؤها .

(٥) في الأصل : جناية .

٢٠٢٤ - مسألة : قال : (وَلَهُ تَرْوِيجُهَا ، وَإِنْ كَرِهَتْ)

وجملته أن للرجل ترويج أم ولده ، أحب ذلك أم كرهت . وهذا قال أبو حنيفة ، رضي الله عنه . وهو أخذ قول الشافعي ، واختيار المزي . وقال في القديم : ليس له ترويجها إلا برضاها ، لأنها قد ثبت لها حكم الحرية ، على وجه لا يملك السيد إبطالها ، فلم يملك ترويجها بغير رضاها ، كالمكاتبة . وقال في الثالث : ليس له ترويجها ، وإن رضيته ؛ لأن ملكه فيها قد ضعف ، وهي لم تكمل ، فلم يملك ترويجها ، كالتيمة . وهل يزوجه الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف . وقد روي عن أحمد ، رضي الله عنه ، أنه قيل له : إن مالكا لا يرى ترويجها . فقال : وما صنعت بمالك ؟ هذا ابن عمر ، وابن عباس ، يقولان : إذا ولدت من غيره ، كان ولدها حكمها^(١) . ولنا ، أنها أمة يملك الاستمتاع بها ، واستخداها ، فملك ترويجها ، كالقن ، وفارق^(٢) المكاتبة ، فإنه لا يملك ذلك منها . والقول الثالث فاسد ؛ لذلك ، ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه . وقولهم : يزوجه الحاكم . لا يصح ؛ فإن الحاكم لا يزوجه إلا عند عدم الولي ، أو غيبته ، أو عضله ، ولم يوجد واحد منها . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا تزوجها فالمهر له ؛ لأنه بمنزلة كسبها ، وكسبها له . وإذا عتقت بموته ، فإن كان زوجها عبدا ، فلها الخيار ؛ لأنها^(٣) عتقت تحت عبده ، وإن كان حرا ، فلا خيار لها .

٢٠٢٥ - مسألة : قال : (وَلَا حُدَّ عَلَى مَنْ قَذَفَهَا)

هذا قول أكثر أهل العلم . وقد روي عن أحمد ، رضي الله عنه ، أنه عليه الحد ؛ لأن ذلك يروى عن ابن عمر^(١) . ولأن قذفها قذف لولدها الحر ، وفيها معنى يمنع بيعها ، فأشبهت الحر . والأول أصح ؛ لأنها أمة ، حكمها حكم الإماء ، في أكثر أحكامها ، ففي الحد أولى ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ويخطأ لا سقاطها ، ولأنها أمة تعق

(١) تقدم تخريجه ، في صفحة ٥٩٩ .

(٢) ق م : وفارقت .

(٣) ق م : ولأنها .

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الفرية على أم الولد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٣٩/٧ . وابن أبي شيبة ، في :

باب من قال : يضرب قاذف أم الولد ، من كتاب الحدود . المصنف ٥٠٧/٩ .

بالموت ، أَشْبَهَتْ الْمُدْبِرَةَ ، وَتَفَارِقُ الْحُرَّةَ ، فَإِنَّهَا كَامِلَةٌ .

فصل : وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْحُرَّةِ بِقَتْلِهَا ؛ لِعَدَمِ الْمُكَافَأَةِ . وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ هَا رَقِيقًا ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أَكْمَلُ مِنْهُ . وَإِنْ جَنَّتْ عَلَى عِيدٍ أَوْ أُمَةٍ ، جَنَازَةٌ فِيهَا الْقِصَاصُ ، لِرِمِّهَا الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهَا أُمَةٌ ، أَحْكَامُهَا أَحْكَامُ الْإِمَاءِ ، وَاسْتِحْقَاقُهَا الْعِنَقَ لَا يَمْتَنِعُ الْقِصَاصُ ، كَالْمُدْبِرَةِ .

٢٠٢٦ - مسألة : قال : (وَإِنْ صَلَّتْ مَكْشُوفَةَ الرَّأْسِ ، كُرِهَ لَهَا ذَلِكَ ، وَأُجْزَأَهَا)

إِنَّمَا كُرِهَ هَا كَشْفُ رَأْسِهَا فِي صَلَاتِهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ أَخَذَتْ شَبَّهًا مِنَ الْحَرَائِرِ ، لَا يَمْتَنِعُ بَيْنَهُمَا . وَقَدْ سُئِلَ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنْ أُمِّ الْوَلِيدِ كَيْفَ تُصَلِّي ؟ قَالَ : تُعْطَى رَأْسُهَا وَقَدْ مَنِيَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُبَاعُ . وَكَانَ الْحَسَنُ يُجِبُّ لِلْأُمَةِ إِذَا «عَهَدَهَا سَيِّدُهَا» - يَعْنِي وَطَنَهَا^(١) - أَنْ لَا تُصَلِّيَ إِلَّا مُجْتَمِعَةً . وَإِنْ صَلَّتْ مَكْشُوفَةَ الرَّأْسِ ، أُجْزَأَهَا ؛ لِأَنَّهَا أُمَةٌ ، حُكْمُهَا حُكْمُ^(٢) الْإِمَاءِ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : تُصَلِّيُ أُمُّ الْوَلِيدِ بِغَيْرِ قَنَاجٍ ، وَإِنْ كَانَتْ بَنَتْ سِتْرَيْنِ سَنَةً . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ غُورَئَهَا غُورَةُ الْحُرَّةِ . وَذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ^(٣) . وَالصَّحِيحُ / أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْإِمَاءِ ، وَإِنَّمَا خَالَفَتْهُمْ^(٤) ٢٨٥/١١ فِي اسْتِحْقَاقِهَا لِلْعِنَقِ ، وَامْتِنَاعِ نَقْلِ الْمِلْكِ فِيهَا ، وَهَذَا لَا يُوجِبُ تَغْيِيرَ الْحُكْمِ فِي غُورَتِهَا ، كَالْمُدْبِرَةِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ حُكْمِهَا فِي إِبَاحَةِ كَشْفِ رَأْسِهَا ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَنْقُلُ عَنْهُ مِنْ نَصٍّ ، وَلَا مَا فِي مَعْنَاهُ ، فَيَبْقَى الْحُكْمُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ .

٢٠٢٧ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَتَلَتْ أُمُّ الْوَلِيدِ سَيِّدَهَا ، فَعَلَيْهَا قِيَمَةُ نَفْسِهَا) وَجْهُهُ أَنَّ أُمَّ الْوَلِيدِ إِذَا قَتَلَتْ سَيِّدَهَا ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا يُمَكِّنُ نَقْلَ الْمِلْكِ فِيهَا ، وَقَدْ زَالَ مِلْكُ سَيِّدِهَا بِقَتْلِهِ ، فَصَارَتْ حُرَّةً ، كَأَلَوْ قَتَلَهُ غَيْرُهَا ، وَعَلَيْهَا قِيَمَةُ نَفْسِهَا ، إِنْ لَمْ يَجِبِ

(١-١) ق ب : إذا وطئها . وسقط من : الأصل ، أ : يعني وطئها .

(٢) في الأصل ، أ ، ب : أحكامها .

(٣) تقدم في ٢٣١/٢ - ٢٣٣ .

القصاصُ عليها . وهذا قولُ أبي يوسف . وقال الشافعيُّ : عليها الدِّيةُ ؛ لأنها تُصيرُ حرَّةً . وكذلك^(١) لَزِمَها مُوجِبُ جِنَايَها ، والواجِبُ على الحرِّ بِقَتْلِ الحرِّ دِيَّتَهُ^(٢) . ولنا ، أنَّها جِنَايَةٌ من أُمِّ وَلَدٍ ، فلم يَجِبْ بها أَكْثَرُ من قِيَمَتِها ، كما لو جَنَّتْ على أُجْنَبِيٍّ ، ولأنَّ اِغْتِبَارَ الجِنَايَةِ في حَقِّ الجاني بِحالِ الجِنَايَةِ ، بدليل مالِوَجَنَى على عَبيدٍ فَأَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، وهى في حالِ الجِنَايَةِ أُمَةٌ ، فإنَّها لَئِذَا عَتَقَتْ بالموتِ الحاصِلِ بالجِنَايَةِ ، فيكونُ عليها فِدَاءُ نَفْسِها بِقِيَمَتِها ، كما يَفْدِيها سَيِّدُها إِذا قَتَلَتْ غَيْرَهُ ، ولأنَّها ناقِصَةٌ بالرُّقِّ ، أَشَبَّهَتِ الرِّقْنَ ، وتُفَارِقُ الحرَّ ؛ فإنَّه جَنَى وهو كائِلٌ ، ولَئِذَا تَعَلَّقَ مُوجِبُ الجِنَايَةِ بها ؛ لَأنَّها فَوُتَتْ رَقَّها بِقَتْلِها لِسَيِّدِها ، فَأُشْبِهُةَ مالِوَفُوتِ المُكائِبِ الجاني رَقَّه بِأَدائِهِ . وأما إِنْ قَتَلَتْ سَيِّدُها عَمْدًا ، ولم يَكُنْ^(٣) له منها^(٤) وَلَدٌ ، فعَلِها القصاصُ لورَثَتِ سَيِّدِها ، وإنْ كانَ له منها وَلَدٌ ، وهو الوارِثُ وَحْدَهُ ، فلا قِصاصَ عليها ؛ لأنَّها لو وَجَبَ ، لَوَجِبَ لولِدها ، ولا يَجِبُ للولِيدِ على أُمِّهِ قِصاصٌ . وقد تَوَقَّفَ أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، عن هَذِهِ المَسْأَلَةِ ، في رِوَايَةٍ مُهْتَأً ، وقال :

ظ ٢٨٥/١١ دَعَانِ مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ . وَقِيَّاسُ مَذْهَبِهِ / مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ وَلَدٌ ، وَلَهُ أَوْلَادٌ مِنْ غَيْرِها ، لَمْ يَجِبِ الْقِصاصُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ حَقَّ وَلِدها مِنَ الْقِصاصِ يَسْقُطُ ، فَيَسْقُطُ كُلُّهُ . وَقَدْ نَقَلَ مُهْتَأً عَنْ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يَقْتُلُهَا أَوْلَادُهُ مِنْ غَيْرِها . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُخَالِفُ أَصُولَ مَذْهَبِهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا قِصاصَ عَلَيْها ، وَيَجِبُ عَلَيْها فِدَاءُ نَفْسِها بِقِيَمَتِها ، كَالو عَفَا بَعْضُ مُسْتَحَقِّ الْقِصاصِ عَنْ حَقِّهِ مِنْهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .^(٥) وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ .

قال الشيخُ المُصَنِّفُ لِهَذَا الكِتابِ ، ("أَحْسَنَ اللَّهُ جَزَاءَهُ" ، وَنَفَعَنَا بِهِ ، وَأَجْزَلَ ثَوَابَهُ ، وَرَزَقَهُ الْفِرْدَوْسَ الْأَعْلَى ، بِمَنْنِهِ وَكَرَمِهِ ، وَجَمَعَنَا وَإِيَّاهُ فِي دَارِ كَرَامَتِهِ : هَذَا آخِرُ الْكِتابِ ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الْعَزِيزِ الْوَهَّابِ ﴿ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ مَتَابٍ ﴾^(٦) .

(١) في ب ، م : « ولذلك » .

(٢) في م : « دية » .

(٣-٣) في م : « لهما » .

(٤-٤) سقط من ١ . وفي م بعد مده : « وصلى الله على محمد » . ولم يرد فيه الختام التالي .

(٥-٥) في ب : « رضى الله عنه » .

(٦) سورة الرعد ٣٠ .

فهرس الجزء الرابع عشر

الصفحة

- ١٢٢ - ٥ كتاب القضاء
- ٦٤٥ فصل : والقضاء من فروض الكفايات .
- ٧٤٦ فصل : وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه .
- ٩ - ٧ فصل : والناس في القضاء على ثلاثة أضرب .
- ١٠٤٩ فصل : ويجوز للقاضي أخذ الرزق .
- ١١٤١٠ فصل : وإذا كان الإمام في بلد ، فعليه أن يبعث القضاة إلى الأمصار غير بلده .
- ١٢٤١١ فصل : وإذا أراد الإمام تولية قاض ، فإن كان ... يعرف من يصلح للقضاء، ولده، وإن لم يعرف ... سأل أهل المعرفة ...
- ١٨٦٤ - مسألة : (ولا يولى قاض حتى يكون بالغاً ، عاقلاً ، مسلماً ...)
- ٢٥ - ١٢ فصل : ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً .
- ١٧٤١٦ فصل : وينبغي أن يكون الحاكم قوياً من غير عتف ، ...
- ١٨٤١٧

- فصل : وله أن ينتهر الخصم إذا التوى ،
 ١٨ ... و
 فصل : وإذا أولى الإمام رجلا القضاء ...
 في غير بلده ... بحث عن قوم من
 أهل ذلك البلد ، ليسألهم
 ١٨ - ٢٢ عنه ...
 فصل : وإذا جلس الحاكم في مجلسه ،
 فأول ما ينظر فيه أمر
 المحبوسين ...
 ٢٢ - ٢٤ فصل : ثم ينظر في أمر الأوصياء ...؛
 ٢٤ فصل : ثم ينظر في أمناء الحاكم .
 ٢٤ ، ٢٥ فصل : ثم ينظر في أمر الضوال واللقطة
 التي تولى الحاكم حفظها ؛ ...
 ٢٥ ١٨٦٥ - مسألة : (ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو
 غضبان)
 ٢٥ ، ٢٦ ١٨٦٦ - مسألة : (وإذا نزل به الأمر المشكل عليه مثله ،
 شاور فيه أهل العلم والأمانة)
 ٢٦ - ٣٠ فصل : والمشاورة ههنا لاستخراج
 الأدلة ...
 ٢٨ ، ٢٩ فصل : قال أصحابنا : يستحب أن يحضر
 مجلسه أهل العلم من كل
 مذهب ...
 ٢٩ فصل : وينبغي له أن يحضر شهوده
 مجلسه .
 ٢٩

- فصل : وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت
الحجة ... حكم ، وإن كان فيها
ليس أمرهما بالصلح ... ٢٩ ، ٣٠
- فصل : وإذا حدثت حادثة ، نظر في
كتاب الله ، فإن وجدها ، وإلا
نظر في سنة رسوله ، ... ٣٠
- ١٨٦٧ - مسألة : (ولا يحكم الحاكم بعلمه) ٣٠ - ٣٣
- فصل : ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم
بالبينة والإقرار ... إذا سمعه معه
شاهدان ... ٣٣
- ١٨٦٨ - مسألة : (ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع
إليه ، إلا ما خالف نص كتاب ، أو
سنة ، أو إجماعاً) ٣٤ - ٤٣
- فصل : إذا تغير اجتهاده قبل الحكم ، فإنه
يحكم بما تغير اجتهاده إليه ... ٣٦
- فصل : وليس على الحاكم تتبع قضايا من
كان قبله ؛ ... ٣٧
- فصل : وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن
صفته . ٣٧ - ٣٩
- فصل : وإذا استعدى رجل على رجل إلى
الحاكم ، ففيه روايتان ؛ ... ٣٩ ، ٤٠
- فصل : ولا يخلو المستعدى عليه من أن
يكون حاضراً أو غائباً ؛ ... ٤٠ - ٤٢
- فصل : وإن استعدى على الحاكم
المعزول ، لم يُعْده حتى يعرف ما
يدعيه ... ٤٢

- فصل : وإن ادعى على شاهدين أنهما
 ٤٣ ، ٤٢ شهدا عليه زورا، أحضرهما، ...
 ١٨٦٩ - مسألة: (وإذا شهد عنده من لا يعرفه ، سأل
 عنه، فإن عدله اثنان، قبل شهادته) ٤٣ - ٤٧
 فصل : قال القاضي : ولا بد من معرفة
 ٤٦ إسلام الشاهد، ...
 فصل : وإذا شهد عند الحاكم مجهول
 الحال ، فقال المشهود عليه : هو
 عدل . ففيه وجهان ؛ ... ٤٦ ، ٤٧
 ١٨٧٠ - مسألة: (وإن عدله اثنان ، وجرحه اثنان ،
 فالجرحه أولى) ٤٧ - ٥٢
 فصل : ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من
 ٤٧ ، ٤٨ اثنين .
 فصل : ولا يكفي أن يقول : لا أعلم منه
 ٤٨ إلا الخير .
 فصل : ... لا يقبل التعديل إلا من أهل
 الخبرة الباطنة ، والمعرفة
 ٤٨ ، ٤٩ المتقدمة .
 فصل : ولا يسمع الجرح إلا مفسرا . ٤٩ ، ٥٠
 فصل : وإذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين
 ٥٠ الشاهدين شهدا ...
 فصل : ولا يقبل الجرح والتعديل من
 ٥٠ النساء .
 فصل : ولا يقبل الجرح من الخصم . ٥٠ ، ٥١
 فصل : ولا تقبل شهادة المتوسمين . ٥١

- فصل : قال أحمد : ينبغي للقاضي أن
يسأل عن شهوده كل قليل ؛... ٥١
- فصل : وليس للحاكم أن يرتب شهودا لا
يقبل غيرهم ؛... ٥١
- فصل : ولا بأس أن يعظ الشاهدين . ٥٢ ، ٥١
- ١٨٧١ - مسألة : (ويكون كاتبه عدلا ، وكذلك
قاسمه) ٥٢ - ٥٨
- فصل : وإذا ترفع إلى الحاكم خصمان ...
فقال المقرر له للحاكم : أشهد لي
على إقراره شاهدين . لزمه
ذلك ؛... ٥٣ - ٥٦
- فصل : وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء
برسم الكاغد الذي يكتب فيه
المحاضر والسجلات ؛... ٥٦ ، ٥٧
- فصل : وإذا ارتفع إليه خصمان ، فذكر
أحدهما أن حجته في ديوان
الحكم ، فأخرجها الحاكم ... ٥٧
- فصل : فإن ادعى رجل على الحاكم ، أنك
حكمت لي بهذا الحق ... فذكر
الحاكم حكمه ، أمضاه . ٥٧ ، ٥٨
- ١٨٧٢ - مسألة : (ولا يقبل هدية من لم يكن يهدي إليه قبل
ولايته) ٥٨ - ٦٢
- فصل : فأما الرشوة في الحكم ، وورشوة
العامل ، فحرام بلا خلاف . ٥٩ ، ٦٠

- فصل : ولا ينبغي للقاضي أن يتولى البيع
والشراء بنفسه؛... ٦٠ ، ٦١
- فصل : ويجوز للحاكم حضور الولاية . ٦١
- فصل : وله عيادة المرضى ، وشهود
الجنائز ،... ٦١ ، ٦٢
- ١٨٧٣ - مسألة : (ويعدل بين الخصمين في الدخول
عليه ، والمجلس ، والخطاب) ٦٢ - ٧٣
- فصل : وإذا حضر القاضي خصوم
كثيرة ، قدم الأول فالأول . ٦٥ ، ٦٦
- فصل : فإن حضر مسافرون ومقيمون ،
وكان المسافرون قليلا ...
قدمهم . ٦٦
- فصل : وإذا تقدم إليه خصمان ، فإن شاء
قال : من المدعى منكما ؟... ٦٦ ، ٦٧
- فصل : ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا
محبرة ، إلا في الوصية
والإقرار ...؛ ٦٧ - ٦٩
- فصل : إذا حرر المدعى دعواه ، فللحاكم
أن يسأل خصمه الجواب ... ٦٩ - ٧٣
- ١٨٧٤ - مسألة : (وإذا حكم على رجل في عمل غيره ،
فكتب بإفاد القضاء عليه إلى قاضي
ذلك البلد ، قبل كتابه ...) ٧٣ - ٧٩
- فصل : وإذا كتب الحاكم بشوت بينة أو
إقرار بدين ، جاز ... ٧٦ ، ٧٧
- فصل : ومتى استوفى الحق من المحكوم

- عليه ، فقال للحاكم عليه :
اكتب لى محضرا بما جرى ...؟
٧٧ ففيه وجهان ...؟
- فصل : ويقبل الكتاب من قاضى مصر إلى
٧٨ ، ٧٧ قاضى مصر ، ...
- فصل : وصفة الكتاب : بسم الله الرحمن
٧٩ ، ٧٨ الرحيم ...
- ١٨٧٥ - مسألة : (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة عدلين
٨٤ - ٧٩ يقولان : قرأه علينا ، أو ...)
- فصل : فى تغيير حال القاضى ...
٨٤ - ٨٢
- ١٨٧٦ - مسألة : (ولا تقبل الترجمة عن أعجمى حاكم
إليه ، إذا لم يعرف لسانه ، إلا من
٨٥ ، ٨٤ عدلين يعرفان لسانه)
- فصل : والحكم فى التعريف ، والرسالة ،
٨٥ و... ، كالحكم فى الترجمة ...
- ١٨٧٧ - مسألة : (وإذا عزل فقال : كنت حكمت فى
ولايتى لفلان على فلان بحق . قبل
٩٣ - ٨٥ قوله ...)
- فصل : فأما إن قال فى ولايته : كنت
حكمت لفلان بكذا . قبل
٨٧ ، ٨٦ قوله ...
- فصل : وإذا أخبر القاضى بحكمه فى غير
٨٧ موضع ولايته ...
- فصل : إذاولى الإمام قاضيا ، ثم مات ،
٨٨ ، ٨٧ لم ينزل ...؟
- فصل : وللإمام تولى القضاء فى بلده
٨٩ ، ٨٨ وغيره ...؟

- فصل : ويجوز أن يولى قاضياً عموم النظر
 ٩٠ ، ٨٩ في خصوص العمل ...
- فصل : وإذا قال الإمام : من نظر في
 الحكم من فلان وفلان ، فقد
 ٩٠ وليته . لم تتعقد الولاية ...
- فصل : ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد
 ٩١ على أن يحكم بمذهب بعينه .
- فصل : وإن قوض الإمام إلى إنسان تولية
 ٩١ القضاء ، جاز ؟ ...
- فصل : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه ، كما
 ٩٢ ، ٩١ لا يجوز أن يشهد لنفسه ...
- فصل : وإذا تحاكم رجلان إلى رجل ...
 وكان ممن يصلح للقضاء ...
 ٩٣ ، ٩٢ جاز ذلك ...
- فصل : قال القاضي : وينفذ حكم من
 حكّماه في جميع الأحكام إلا
 ٩٣ أربعة أشياء ...
- ١٨٧٨ - مسألة : (ويحكم على الغائب ، إذا صح الحق
 ٩٣ - ٩٧ عليه)
- فصل : ولا يقضى على الغائب إلا في
 ٩٥ حقوق الآدميين .
- فصل : وإذا قامت البيئة على غائب ،
 أو ... لم يستحلف المدعى مع
 ٩٥ بيئته ...
- فصل : إذا قضى على الغائب بعين ،
 ٩٦ سلمت إلى المدعى ...

- فصل : فأما الحاضر في البلد ، أو قريب منه ... فلا يقضى عليه قبل حضوره ... ٩٦ ، ٩٧
- ١٨٧٩ - مسألة : (وإذا أتاها شريكان في ربع أو نحوه ، فسألاه أن يقسمه بينهما قسمه ، ...) ٩٧ - ١٠١
- فصل : وتجوز قسمة المكيلات والموزونات ... ٩٨ ، ٩٩
- فصل : فإن كان بينهما ثياب ، أو حيوان ، أو ... فاتفقا على قسمتها ، جاز ... ٩٩ ، ١٠٠
- فصل : والقسمة إفراز حق ... ١٠٠ ، ١٠١
- فصل : وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعا ... ١٠١
- ١٨٨٠ - مسألة : (ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته ، فامتنع ، أجبره الحاكم على ذلك ...) ١٠١ - ١١١
- فصل : إذا كان داربين اثنين سفلها وعلوها ، فإذا طلبا قسمها ؛ نظرت ... ١٠٥ ، ١٠٦
- فصل : وإذا كان بينهما دار ، أو ... ، فطلب أحدهما قسمة ذلك ، ولا ضرر في قسمته ، أجبر الممتنع على القسمة ، ... ١٠٦ ، ١٠٧
- فصل : وإن كانت بينهما أرض واحدة يمكن قسمتها ، وتحقق بها الشروط ... أجبر الممتنع على قسمتها . ١٠٧ - ١٠٩

- فصل : وإذا كان في الأرض زرع ،
فطلب أحدهما قسمتها دون
الزراع ، أجبر الممتنع ؛ ... ١٠٩ ، ١١٠
- فصل : إذا كانت بينهما أرض قيمتها
مائة ، في أحد جانبيها بئر قيمتها
مائة ، ... ١١٠ ، ١١١
- ١٨٨١ - مسألة : (وإذا قسم ، طرحت السهام ، فيصير
لكل واحد ما وقع سهمه عليه ، إلا
أن يتراضيا ...) ١١١ - ١٢٢
- فصل : ويجوز للشريكين أن يقتسما
بأنفسهما ، وأن ... ١١٤
- فصل : وعلى الإمام أن يرزق القاسم من
بيت المال ؛ ... ١١٤ ، ١١٥
- فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان
أحدهما الطالب لها . ١١٥
- فصل : وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطا في
القسمة ... نظرت ... ١١٥ ، ١١٦
- فصل : إذا اقتسم الشريكان شيئا ، فبان
بعضه مستحقا ؛ نظرت ... ١١٦ ، ١١٧
- فصل : وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب
لم يعلمه قبل القسمة ، فله فسخ
القسمة أو ... ١١٧
- فصل : وإذا اقتسما دارين ، ... أو ...
أرضين فبنى أحدهما في
نصيبه ... ثم استحق نصيبه ...

- فإنه يرجع على شريكه بنصف .
 البناء ... ١١٧ ، ١١٨
- فصل : وإذا اقتسم الورثة تركة الميت ، ثم
 بان عليه دين لا وفاء له إلا مما
 اقتسموه ، لم تبطل القسمة ؛ ... ١١٨ ، ١١٩
- فصل : وإذا طلب أحد الشريكين من
 الآخر المهايأة من غير قسمة ... لم
 يجبر الممتنع منها . ١١٩
- فصل : قال أحمد ، في قوم اقتسموا دارا ،
 وحصل لبعضهم فيها زيادة
 أذرع ، ولبعضهم نقصان ، ... ١٢٠ ، ١٢١
- فصل : قال : ولأب والوصى قسمة مال
 الصغير مع شريكه ، ... ١٢١
- فصل : ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية
 الإمام ... ١٢١ ، ١٢٢
- فصل : ويوصى الوكلاء والأعوان على
 بابه بتقوى الله تعالى ، و... ١٢٢
- فصل : قال ابن المنذر : يكره للقاضي أن
 يفتي في الأحكام . ١٢٢
- ١٢٣ - ١٢٢ كتاب الشهادات
- فصل : وتحمل الشهادة وأداؤها فرض
 على الكفاية ؛ ... ١٢٤ ، ١٢٥
- ١٨٨٢ - مسألة : (ولا يقبل في الزنى إلا أربعة رجال
 عدول أحرار مسلمين)
 فصل : وفي الإقرار بالزنى روايتان ... ١٢٦ ، ١٢٦

- ١٨٨٣ - مسألة: (ولا يقبل فيما سوى الأموال ، مما يطلع
 عليه الرجال ، أقل من رجلين) ١٢٦ - ١٢٩
- فصل : وقد نقل عن أحمد ... في الإعسار
 ما يدل على أنه لا يثبت إلا
 بثلاثة ...؟ ١٢٨
- فصل : ولا يثبت شيء من هذين النوعين
 بشاهد وبعين المدعى ، ... ١٢٨ ، ١٢٩
- ١٨٨٤ - مسألة: (ولا يقبل في الأموال أقل من رجل
 وامرأتين ، ورجل عدل مع عيين
 الطالب) ١٢٩ - ١٣٤
- فصل : وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال
 لمدعيه بشاهد وعين . ١٣٠ ، ١٣١
- فصل : قال القاضي : يجوز أن يحلف على
 ما لا تسوغ الشهادة عليه ؟ ... ١٣١ ، ١٣٢
- فصل : وكل موضع قبل فيه الشهادة
 بالشاهد واليمين ، فلا فرق بين
 كون المدعى مسلماً أو كافراً ، ... ١٣٢
- فصل : قال أحمد : مضت السنة أن
 يُقضى باليمين مع الشاهد
 الواحد ، ... ١٣٢
- فصل : ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين
 المدعى . ١٣٢
- فصل : إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق
 نصاباً من خمره ، وأقام بذلك
 شاهداً ، وحلف معه ، أو ... ١٣٣ ، ١٣٤

- فصل : ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده ... وأقام بذلك شاهدا وامرأتين ، أو ... حكم له بالجارية ...؟ ١٣٤
- فصل : وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته ، فأنكرته ، ثبت ذلك بشاهد وامرأتين ، أو ... ١٣٤
- ١٨٨٥ - مسألة : (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال ، مثل الرضاع ، و... ، شهادة امرأة عدل) ١٣٤ - ١٣٧
- فصل : إذا ثبت هذا ، فكل موضع قلنا : تقبل فيه شهادة النساء المنفردات ؛ فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة . ١٣٥ ، ١٣٦
- فصل : فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو الخطاب : تقبل شهادته وحده ...؟ ١٣٧
- ١٨٨٦ - مسألة : (ومن لزمته الشهادة ، فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد ، لا يسهه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك) ١٣٧ ، ١٣٨
- فصل : ومن له كفاية ، فليس له أخذ الجعل على الشهادة ...؟ ١٣٧ ، ١٣٨
- ١٨٨٧ - مسألة : (وما أدركه من الفعل نظرا ، أو سمعه ثبنا ، وإن لم ير المشهود عليه ، شهد به) ١٣٨ - ١٤١

- فصل : إذا عرف الشهود عليه
باسمه وعينه ونسبه ، جاز أن
يشهد عليه ... ١٣٩
- فصل : والمرأة كالرجل في أنه إذا
عرفها ... ١٣٩ ، ١٤٠
- فصل : إذا عرف الشاهد خطه ، ولم
يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز أن
يشهد له ؟ فيه روايتان ... ١٤٠ ، ١٤١
- ١٨٨٨ - مسألة : (وما تظاهرت به الأخبار ، واستقرت
معرفة في قلبه ، شهد به ...) ١٤١ - ١٤٥
- فصل : فإن كان في يد رجل دار ...
يتصرف فيها تصرف الملاك ...
فقال أبو عبد الله ابن حامد : يجوز
أن يشهد له بملكها . ١٤٣ ، ١٤٤
- فصل : إذا سمع رجلا يقول لصبي : هذا
ابني . جاز أن يشهد به ... ١٤٤
- فصل : إذا شهد عدلان أن فلانا مات ،
وخلّف من الورثة فلانا وفلانا ،
لا نعلم له وارثا غيرهما ، قبلت
شهادتهما . ١٤٥
- ١٨٨٩ - مسألة : (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلًا ،
مسلمًا ، بالغًا ، عدلًا ، لم تجز شهادته) ١٤٥ - ١٥٠
- فصل : شهادة البدوي على من هو من أهل
القرية ... صحيحة ... ١٤٩ ، ١٥٠
- ١٨٩٠ - مسألة : (العدل من لم تظهر منه ريبة ...) ١٥٠ - ١٧٠
- فصل : في اللعب : كل لعب فيه قمار ،
فهو محرم ... ١٥٤

- فصل : أما الشطرنج فهو كالترد في التحريم ... ١٥٥ ، ١٥٦
- فصل : اللاعب بالحمام يطيرها ، لا شهادة له . ١٥٦ ، ١٥٧
- فصل : المسابقة المشروعة ، بالخيول وغيرها من الحيوانات ... ١٥٧
- مباح . ١٥٧
- فصل : في الملاحى : وهى على ثلاثة أضرب ... ١٥٧ - ١٦٠
- فصل : اختلف أصحابنا في الغناء ... ١٦٠ - ١٦٢
- فصل : أما الحداء ، وهو الغناء الذى تساق به الإبل ، فمباح ... ١٦٢
- فصل : الشعر كالكلام ، حسنه كحسنة وقبيحه كقبيحه ... ١٦٢ - ١٦٦
- فصل : في قراءة القرآن بالألحان ... ١٦٦ - ١٦٩
- فصل : لا تقبل شهادة الطفيل ... ١٦٩ ، ١٧٠
- فصل : من فعل شيئا من الفروع مختلفا فيه ، معتقدا بإباحته لم ترد شهادته ... ١٧٠
- ١٨٩١ - مسألة : (تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب ، في الوصية في السفر ، إذا لم يكن غيرهم) ١٧٠ - ١٧٣
- ١٨٩٢ - مسألة : (لا تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في غير ذلك) ١٧٣ ، ١٧٤
- ١٨٩٣ - مسألة : (لا تقبل شهادة خصم ، ولا جارا إلى نفسه ، ولا دافع عنها) ١٧٤ - ١٧٨

- فصل : إن شهد على رجل بحق ، فقدفه
المشهود عليه ، لم ترد شهادته
بذلك . ١٧٥ - ١٧٨
- فصل : إن شهد الشريك لشريكه في غير
ما هو شريك فيه ... ١٧٨
- ١٨٩٤ - مسألة : (لا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط
والغفلة) ١٧٨
- ١٨٩٥ - مسألة : (وتجوز شهادة الأعمى ، إذا يقين
الصوت) ١٧٨ - ١٨١
- فصل : إن تحمل الشهادة على فعل ، ثم
عمى ، جاز أن يشهد به . ١٨٠
- فصل : لا تجوز شهادة الأخرس بحال . ١٨٠ ، ١٨١
- ١٨٩٦ - مسألة : (لا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا ،
للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد
وإن سفل ، لهما وإن علوا) ١٨١ - ١٨٣
- فصل : شهادة أحد الوالدين على صاحبه
تقبل ... ١٨٢
- فصل : إن شهد اثنان بطلاق ضرّة أمهما
أو ... قبلت شهادتهما ، ... ١٨٢ ، ١٨٣
- فصل : تجوز شهادة الرجل لابنه من
الرضاعة ، ... ١٨٣
- ١٨٩٧ - مسألة : (ولا السيد لعبده ، ولا العبد لسيدته) ١٨٣
- ١٨٩٨ - مسألة : (ولا الزوج لامرأته ، ولا المرأة
لزوجها) ١٨٣ ، ١٨٤
- ١٨٩٩ - مسألة : (وشهادة الأخ لأخيه جائزة) ١٨٤ ، ١٨٥
- فصل : شهادة العم وابنه ، والخال وابنه ،
وسائر الأقارب أولى بالجواز ... ١٨٥

- فصل : تقبل شهادة أحد الصديقين
لصاحبه ... ١٨٥
- ١٩٠٠ - مسألة: (تجوز شهادة العبد في كل شيء ، إلا في الحدود ، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء)
١٨٧ - ١٨٥
- الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ؛
- أحدها : في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص ... ١٨٦ ، ١٨٥
- الفصل الثاني : أن شهادة العبد لا تقبل في الحد ... ١٨٧
- الفصل الثالث : أن شهادة الأمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء ... ١٨٧
- فصل : حكم المكاتب والمدير وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن ... ١٨٧
- ١٩٠١ - مسألة: (وشهادة ولد الزنى جائزة ، في الزنى وغيره)
١٨٨ ، ١٨٧
- ١٩٠٢ - مسألة: (إذا تاب القاذف ، قبلت شهادته)
١٩١ - ١٨٨
- فصل : القاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب ... ١٩١
- ١٩٠٣ - مسألة: (وتوبته أن يكذب نفسه)
١٩٥ - ١٩١
- فصل : وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه ... ١٩٤ - ١٩٢
- فصل : لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من

- قبول الشهادة ، وصحة ولايته
 ١٩٤ ... في النكاح، إصلاح العمل ...
 ١٩٠٤ - مسألة: (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها
 وهو غير عدل ، وردت عليه ، لم
 تقبل منه في حال عدالته) ١٩٥ - ١٩٧
 فصل : إن شهد السيد لمكاتبه ، فردت
 شهادته ، أو ... ثم عتق
 المكاتب ، و ... ، وأعادوا تلك
 الشهادة ، ففي قبولها وجهان ، ... ١٩٦ ، ١٩٧
 ١٩٠٥ - مسألة: (إن كان لم يشهد بها عند الحاكم ، حتى
 صار عدلا ، قبلت منه) ١٩٧
 ١٩٠٦ - مسألة: (ولو شهد وهو عدل ، فلم يحكم
 بشهادته حتى حدث منه مالا تجوز
 شهادته معه ، لم يحكم بها) ١٩٧ - ١٩٩
 فصل : أما إن أدى الشاهدان الشهادة
 وهما من أهلها ، ثم ماتا قبل الحكم
 بها ، حكم الحاكم بشهادتهما ... ١٩٨ ، ١٩٩
 ١٩٠٧ - مسألة: (وشهادة العدل على شهادة العدل
 جائزة في كل شيء ، إلا في الحدود ،
 إذا كان الشاهد الأول ميتا أو غائبا) ١٩٩ - ٢٠٧
 الكلام في هذه المسألة في فصول
 ثلاثة ؛ ١٩٩ - ٢٠٤
 الأول : أن الشهادة على الشهادة جائزة .. ١٩٩

١٩٩	الفصل الثاني : أن الشهادة تقبل في الأموال ...
٢٠٠ - ٢٠٤	✓ الفصل الثالث : في شروطها ...
٢٠٤	فصل : أما كيفية الأداء إذا كان قد استدعاه الشهادة ، ...
٢٠٤ ، ٢٠٥	فصل : اختلفت الرواية في شرط خامس ، وهو الذكورية في شهود الفروع
٢٠٥ - ٢٠٧	فصل : يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع ...
٢٠٧	فصل : إن شهد بالحق شاهداً أصل وشاهداً فرع ...
١٩٠٨ - مسألة :	(ويشهد الشاهد على من سمعه يقر بحق ، وإن لم يقل للشاهد : اشهد على)
٢٠٧ - ٢١١	فصل : لو حضر شاهدان حساباً بين اثنين ، شرطاً عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً ، ...
٢٠٩	فصل : الحقوق على ضريين ؛ حق لآدمي ...
٢٠٩ ، ٢١٠	فصل : من كانت عنده شهادة لآدمي لم يخل ؛ إما أن يكون عالماً بها ...
٢١١ ، ٢١٠	فصل : ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها .
٢١١	١٩٠٩ - مسألة : (وتجاوز شهادة المستخفي ، إذا كان عدلاً)
٢١١ ، ٢١٢	

- ٢٧٤ - ٢١٣ كتاب الأقضية
- ١٩١٠ - مسألة: (إذا هلك رجل ، وخلف ولدين ومائتي درهم ، فأقر أحدهما بمائة درهم ديناً على أبيه لأجنبي ...) ٢١٣ ، ٢١٤
- فصل : لو ثبت لرجل على رجل دين بيته ... ٢١٤
- ١٩١١ - مسألة: (لو هلك رجل عن ابنين ، وله حق بشاهد، وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه ...، ٢١٤ - ٢٢٠
- فصل : إن حلف أحد الابنين مع الشاهد، لم يثبت من الدين إلا قدر حصته. ٢١٥
- فصل : تركه الميت يثبت الملك فيها لورثته ...، ٢١٥ - ٢١٧
- فصل : إذا خلف ثلاثة بنين وأبوين ، فادعى البنون أن أباهم وقف داره عليهم ... ٢١٧ - ٢٢٠
- ١٩١٢ - مسألة: (ومن ادعى دعوى ، وذكر أن بيته بالعدمنه ، فحلف المدعى عليه ، ثم أحضر المدعى عليه بيته ، حكم بها ...،) ٢٢٠ ، ٢٢١
- فصل : إن طلب المدعى حبس المدعى عليه ... إلى أن تحضر بيته ... ٢٢١
- فصل : لو أقام المدعى شاهداً واحداً ، ولم يحلف معه ، وطلب يمين المدعى عليه ، أحلف له ... ٢٢١

- ١٩١٣ - مسألة: (واليمين التي يبرأ بها المطلوب ، هي اليمين بالله ...)
٢٢٢ - ٢٢٤
- فصل : تشرع اليمين في حق كل مدعى عليه ...
٢٢٣ ، ٢٢٤
- ١٩١٤ - مسألة: (إلا أنه إن كان يهوديا ، قيل له : قل والله الذي أنزل التوراة على موسى ...)
٢٢٤ - ٢٢٨
- فصل : قال ابن المنذر : لم نجد أحدا يوجب اليمين بالمصحف .
٢٢٧
- ١٩١٥ - مسألة: (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ، ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)
٢٢٨ - ٢٣٨
- فصل : من باع سلعة فظهر المشتري على عيب بها ، وأنكره البائع ، هل اليمين على البتات أو على علمه ؟
٢٢٩ - ٢٣١
- فصل : من توجهت عليه يمين هو فيها صادق ... أبيض له الحلف .
٢٢٩ - ٢٣١
- فصل : أما الحلف الكاذب ليقطع به مال أخيه ، ففيه إثم كبير .
٢٣١ ، ٢٣٢
- فصل : من ادعى عليه دين وهو معسر به ، لم يحل له أن يحلف أنه لاحق له على .
٢٣٢
- فصل : يمين الخالف على حسب جوابه،...
٢٣٢
- فصل : لا تدخل اليمين النيابة ،...
٢٣٣
- فصل : إذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ،...
٢٣٣ - ٢٣٥

- فصل : إذا حلف ، فقال : إن شاء الله تعالى ، ... ٢٣٥ ، ٢٣٦
- فصل : لو ادعى على رجل ديناً ، أو حقاً ، فقال : قد أبرأتني منه ... ٢٣٦
- فالقول قول من ينكر ... ٢٣٦
- فصل : الحقوق على ضريين ؛ ما هو حق لآدمي ، ... ٢٣٦ - ٢٣٨
- ١٩١٦ - مسألة : (إذا شهد من الأربعة اثنان ، أن هذا زنى بها في هذا البيت ، وشهد الآخر أن أنه زنى بها في البيت الآخر فالأربعة قذفة ، وعليهم الحد) ٢٣٨ - ٢٤٤
- فصل : كذلك كل شهادة على فعلين ، ... ٢٣٩
- فصل : متى كانت الشهادة على فعل ، فاختلف الشاهدان في زمنه ... ٢٣٩ - ٢٤١
- فصل : أما الشهادة على الإقرار ، ... ٢٤١ [إذا اختلفت]
- فصل : إن شهد أحدهما أنه باع أمس ، وشهد الآخر أنه باع اليوم ، ... ٢٤٢
- فصل : وكذلك الحكم في كل شهادة على قول ، فالحكم فيها كالحكم في البيع . ٢٤٢
- فصل : إن شهد أحدهما أنه غصبه هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه ... ٢٤٢ ، ٢٤٣
- فصل : من شهد بالنكاح ، فلا بد من ذكر شروطه ، ... ٢٤٣ ، ٢٤٤

- ١٩١٧ - مسألة: (ولو جاء أربعة متفرقون ، والحاكم جالس في مجلس حكمه ، لم يقيم قبل شهادتهم . وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم ، كانوا قذفة ، وعليهم الحد) ٢٤٤
- ١٩١٨ - مسألة: (ومن حكم بشهادتهما بمجرد أو قتل ، ثم رجعا ، فقالا : عمدنا . اقتص منهما ، وإن قالوا : أخطأنا . غرما الدية ، أو أورش الجرح) ٢٤٤ - ٢٤٨
- فصل : إن رجع أحد الشاهدين وحده ، ... ٢٤٨
- ١٩١٩ - مسألة: (إن كانت شهادتهما بمال ، غرماه ، ولم يرجع به على المحكوم له به ...) ٢٤٨ ، ٢٤٩
- ١٩٢٠ - مسألة: (إن كان المحكوم به عبدا أو أمة ، غرما قيمته) ٢٤٩ - ٢٥٦
- فصل : إن شهدا بطلاق امرأة تبين به ، ... ٢٤٩ ، ٢٥٠
- فصل : إن شهدا على امرأة بنكاح ، فحكم الحاكم به ، ثم رجعا ... ٢٥١
- فصل : إن شهدا بكتابة عبده ، ثم رجعا ... ٢٥١
- فصل : كل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، فإنه يوزع بينهم على عددهم ، ... ٢٥١ - ٢٥٣

	فصل : إذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ، ثم رجعا عن الشهادة ، توزع الضمان عليهم ...	٢٥٣
	فصل : إذا شهد أربعة بأربعمائة ،... ثم رجع واحد عن مائة ...	٢٥٣
	فصل : إذا شهد أربعة بالزنى ، واثنان بالإحصان ، فرجم ، ثم رجعا عن الشهادة ...	٢٥٣ ، ٢٥٤
	فصل : إذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم ،... ثم رجعا ...	٢٥٤
	فصل : إذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة ،... وشهد آخران بدخوله بها ، ثم رجعا ...	٢٥٤
	فصل : إذا شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل ،... ثم رجعا شاهدا الفرع ...	٢٥٥
	فصل : إذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ، فرجع الشاهد ...	٢٥٥
	فصل : إذا رجعا عن الشهادة بعد الحكم ،... (إذا قطع الحاكم يد السارق ، بشهادة اثنين ، ثم بان أنهما كافران ، أو فاسقان ، كانت دية اليد في بيت المال)	٢٥٥ ، ٢٥٦

- فصل : إن شهد بالزنى أربعة فزكاهم
اثنان ، فرجم المشهود عليه ، ثم
٢٥٨ ، ٢٥٧ بان أن الشهود فسقة ...
- فصل : لو جلد الإمام إنسانا بشهادة ، ثم
٢٥٨ بان أنهم فسقة ...
- فصل : لو حكم الحاكم بمال بشهادة
شاهدين ، ثم بان أنهما
٢٥٨ - ٢٦٠ فاسقان ...
- ١٩٢٢ - مسألة : (إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه ،
٢٦٠ حلف مع شاهده ، وصار حرا)
- ١٩٢٣ - مسألة : (ومن شهد بشهادة زور ، أدب ، وأقيم
في المواضع التي يشتهر أنه شاهد
٢٦٠ - ٢٦٤ زور ، إذا تحقق تعمله لذلك)
- فصل : متى علم أن الشاهدين شهدا
بالبزور ، تبين أن الحكم كان
٢٦٣ ، ٢٦٤ باطلا ...
- فصل : إذا تاب شاهد الزور ، وأنت على
ذلك مدة ...، قبلت شهادته .
٢٦٤
- ١٩٢٤ - مسألة : (إذا غير العدل شهادته بحضوره
الحاكم ، ... قبلت منه ، مالم يحكم
بشهادته)
٢٦٤ ، ٢٦٥
- فصل : إن شهد بألف ، ثم قال قبل
الحكم : قضاه منه خمسمائة .
فسدت شهادته .
٢٦٥
- ١٩٢٥ - مسألة : (وإذا شهد بألف ، وآخر بخمسمائة ،
حكم لمدعى الألف بخمسمائة ...)
٢٦٥ - ٢٦٨

- فصل: إن شهد له شاهدان بألف ،
وشاهدان بخمسمائة ، ولم
٢٦٦ ، ٢٦٧ ...
تختلف الأسباب والصفات ...
- فصل: إن شهد له شاهد ، أنه باعه هذا
العبد بألف ، وشهد آخر أنه باعه
إياه بخمسمائة ، لم تكمل
٢٦٧ ، ٢٦٨ ...
البينة ...
- فصل: إن شهد أحدهما أنه غصبه ثوبا
قيمته درهمان ، وشهد آخر أن
قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا
٢٦٧ ، ٢٦٨ ...
عليه ...
- ١٩٢٦ - مسألة: (ومن ادعى شهادة عدل ، فأنكر أن
تكون عنده ، ثم شهد بها بعد ذلك
وقال : كنت أنسيتها . قبلت منه)
٢٦٨
- ١٩٢٧ - مسألة: (ومن شهد بشهادة ، يجرُّ إلى نفسه
بعضها ، بطلت شهادته في الكل)
٢٦٩
- ١٩٢٨ - مسألة: (إذا مات رجل ، وخلف ابنا ، وألف
درهم ، فادعى رجل على الميت ألف
درهم ، وصدقه الابن ، وادعى
آخر مثل ذلك ، وصدقه الابن ؛
فإن كان في مجلس واحد ، كانت
الألف بينهما ، وإن كان في مجلسين
كانت الألف للأول ، ولا شيء
للتالي)
٢٦٩ - ٢٧١
- فصل: إن مات وترك ألفا ، فأقر به ابنه
لرجل ، ثم أقر به لغيره ...
٢٧٠ ، ٢٧١

- ١٩٢٩ - مسألة: (ومن ادعى دعوى على مريض ، فأومأ برأسه ، أى : نعم . لم يحكم بها حتى يقول بلسانه) ٢٧١
- ١٩٣٠ - مسألة: (ومن ادعى دعوى ، وقال : لا بينة لى . ثم أتى بعد ذلك ببينة ، لم تقبل ؛ ...) ٢٧١ ، ٢٧٢
- فصل : إذا قال : ما أعلم بينة . ثم أتى بعد ذلك ببينة ، ... ٢٧٢
- ١٩٣١ - مسألة: (إذا شهد الوصى على من هو موصى عليهم ، قبلت شهادته . وإن شهد لهم ، لم يقبل إذا كانوا فى حجره) ٢٧٢ ، ٢٧٣
- ١٩٣٢ - مسألة: (إذا شهد من يخفى فى الأحيان ، قبل شهادته فى إفاقة) ٢٧٣
- ١٩٣٣ - مسألة: (تقبل شهادة الطبيب فى الموضحة ، إذا لم يقدر على طبيين ، وكذلك البيطار فى داء الدابة) ٢٧٣ - ٢٧٥
- فصل : إذا قال : اشهد على مائة درهم ومائة درهم ومائة درهم . فشهد على مائة دون مائة ... ٢٧٤
- فصل : إذا شهد بألف درهم ومائة دينار ، فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره . ٢٧٤
- كتاب الدعاوى والبيئات ٢٧٥ - ٣٤٣
- ١٩٣٤ - مسألة: (من ادعى زوجية امرأة ، فأنكرته ، ولم تكن له بينة ، فرق بينهما ، ولم يُحْلَف) ٢٧٥ - ٢٧٩

- فصل : إذا ادعى رجل نكاح امرأة ،
 ٢٧٧ ، ٢٧٦ احتاج إلى ذكر شرائط النكاح .
- فصل : إن ادعت المرأة النكاح على
 زوجها ، وذكرت معه حقاً من
 ٢٧٨ ، ٢٧٧ حقوق النكاح ...
- فصل : أما سائر العقود غير النكاح ...،
 ٢٧٩ ، ٢٧٨ فلا يفتقر إلى الكشف ...
- ١٩٣٥ - مسألة: (من ادعى دابة في يد رجل ، فأنكر ،
 وأقام كل واحد منهما بينة ، حكم بها
 للمدعى ببينته ، ولم يلتفت إلى بينة
 المدعى عليه ،... وسواء شهدت
 بينة المدعى عليه أنها له ، أو قالت :
 ولدت في ملكه)
 ٢٧٩ - ٢٨٥
- فصل : أي البينتين قدمناها ، لم يحلف
 ٢٨١ صاحبها معها .
- فصل : إن كانت البينة لأحدهما دون
 ٢٨١ ، ٢٨٢ الآخر ،...
- فصل : إن ادعى الخارج أن الدابة
 ملكه ،... ولم يكن لواحد منهما
 ٢٨٢ بينة ...
- فصل : إن كان في يد رجل جلد شاة
 مسلوخة ، ورأسها ... في يد
 آخر ، فادعاهما كل واحد منهما
 ٢٨٢ ، ٢٨٣ كلها ...
- ٧ - فصل : إن كان في يد كل واحد منهما
 شاة ، فادعى كل واحد منهما أن

- ٢٨٣ الشاة التي في يد صاحبه له...
فصل : إذا ادعى زيد شاة في يد عمرو ،
٢٨٤ ، ٢٨٣ وأقام بها بينة ،...
فصل : إذا كان في يد رجل شاة ، فادعها
٢٨٥ ، ٢٨٤ رجل أنها له منذ سنة ،...
١٩٣٦ - مسألة : (لو كانت الدابة في أيديهما ، فأقام
أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر
البينة أنها له ،... سقطت البينتان
و...، وكانت البين لكل واحد منهما
على صاحبه في النصف المحكوم له به)
٢٩٣ - ٢٨٥ فصل : إن شهدت إحداها أنها له منذ
سنة ، وشهدت الأخرى أنها له
منذ سنتين ،...
٢٨٧ فصل : ولا ترجع إحدى البينتين بكثرة
العدد ،...
٢٨٨ ، ٢٨٧ فصل : إذا كان في أيديهما دار ، فادعها
أحدهما كلها ، وادعى الآخر
نصفها ...
٢٨٩ ، ٢٨٨ فصل : إن كانت دار في يد ثلاثة ، ادعى
أحدهم نصفها ...
٢٨٩ فصل : إن ادعى أحدهم جميعها ،
والآخر نصفها ، والآخر
ثلثها ...
٢٩١ ، ٢٨٩ فصل : إن كانت الدار في أيدي أربعة ،
فادعى أحدهم جميعها ،...
٢٩٣ ، ٢٩٢

- ١٩٣٧ - مسألة: (لو كانت الدابة في يد غيرهما، واعترف أنه لا يملكها، وأنها لأحدهما لا يعرف عينه، قرع بينهما، فمن قرع صاحبه، حلف وسلمت إليه) ٢٩٣ - ٣١٠
- ٧- فصل: إن أنكرها من العين في يده ، وكانت لأحدهما بينة ، حكم له بها ... ٢٩٥
- فصل: إن تداعيا عينا في يد غيرهما ، فقال : هي لأحدهما لا أعرفه عينا ... ٢٩٥ ، ٢٩٦
- فصل: إذا كان في يد رجل دار ، فادعاها نفسان ، ... ٢٩٦
- فصل: نقل ابن منصور ، عن أحمد ، في رجل أخذ من رجلين ثوبين ، أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ، ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ... ٢٩٦
- فصل: إذا تداعيا عينا ، فقال كل واحد منهما : هذه العين لي ، اشتريتها من زيد بمائة ... ولا بينة لواحد منهما ... ٢٩٧ ، ٢٩٨
- فصل: إن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة ، وهي ملكه ، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو ، وهي ملكه ... ٢٩٨ ، ٢٩٩

- فصل : لو كان في يد رجل دار ، فادعى عليه رجلان ، كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه ، وأقام بذلك بينة ... ٢٩٩
- فصل : إن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف ، ... واتفق تاريخهما ... ٢٩٩ ، ٣٠٠
- فصل : إذا مات رجل ، فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت ، ... ، وشهد آخران أن هذا الغلام ابن هذا الميت ... ٣٠٠ ، ٣٠١
- فصل : إذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه ، وادعى العبد أن سيده أعتقه ... ٣٠١ ، ٣٠٢
- فصل : إذا ادعى رجل زوجية امرأة ، فأقرت بذلك ، قبل إقرارها . ٣٠٢
- فصل : إذا قال السيد لعبده : إن قتلت فأنت حر . ثم مات ، فادعى العبد أنه قتل ... ٣٠٣ ، ٣٠٤
- فصل : إذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته ، وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه في مرض موته ... ٣٠٤ ، ٣٠٥
- فصل : إن خلف المريض ابنين ، ... ، فشهدا أنه أعتق سالما في مرض

- موته ، وشهد أجنبيان أنه أعتق
غائما ... ٣٠٥ - ٣٠٧
- فصل : إن شهد عدلان أجنبيان ، أنه
وصى بعتق سالم ، وشهد
عدلان وارثان أنه رجع عن
الوصية بعتق سالم ... ٣٠٧ ، ٣٠٨
- فصل : لو شهدت بينة عادلة أنه وصى
لزيد بثلث ماله ، وشهدت بينة
أخرى أنه رجع عن الوصية
لزيد ... ٣٠٨ ، ٣٠٩
- فصل : إن شهد شاهدان أنه وصى لزيد
بثلث ماله ، وشهد واحد أنه
وصى لعمرو بثلث ماله ... ٣٠٩ ، ٣١٠
- ١٩٣٨ - مسألة : (لو كان في يده دار فادعاها رجل ،
فأقر بها لغيره ، فإن كان المقر بها
حاضرا ، جعل الخصم فيها ، ...) ٣١٠ - ٣٢١
- فصل : إذا طلب المدعى أن يكتب له
محضرا بما جرى ، لزمته إجابه . ٣١٣
- فصل : إذا ادعى إنسان أن أباه مات ،
وخلفه وأخا له غائبا ، ... ، وترك
دارا في يد هذا الرجل ... ٣١٣ - ٣١٥
- فصل : إذا اختلف في دار ، في يد
أحدهما ، فأقام المدعى بينة أن
هذه الدار كانت أمس ملكه ...
فهل تسمع ؟ ٣١٥ ، ٣١٦

- فصل : إن ادعى أمة أنها له ، وأقام بينة ،
 ٣١٧ ، ٣١٦ فشهدت أنها ابنة أمته ...
- فصل : إذا كانت في يد زيد دار ، فادعها
 عمرو ، وأقام بينة أنه اشتراها من
 ٣١٧ خالد ...
- فصل : إذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن
 نفسه ، فادعى أنه مملوكه ،
 ٣١٨ ، ٣١٧ قبلت دعواه ، ...
- فصل : إن ادعى اثنان رق بالغ في
 أيديهما ، فأنكرهما ، فالقول
 ٣١٩ ، ٣١٨ قوله مع يمينه ...
- فصل : لو كان في يده صغيرة ، فادعى
 ٣١٩ نكاحها ، لم يقبل منه ...
- فصل : لو ادعى ملك عين ، وأقام به
 بينة ، وادعى آخر أنه باعها
 ٣٢٠ ، ٣١٩ منه ...
- فصل : لو ادعى رجل ملك دار في يد
 آخر ، وادعى صاحب اليد أنها في
 ٣٢٠ يده منذ ستين ...
- فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر
 لفلان بألف ، وشهد أحدهما أنه
 ٣٢١ ، ٣٢٠ قضاه ، ثبت الإقرار ...
- ١٩٣٩ - مسألة : (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما
 وكافرا ، فادعى المسلم أن أباه
 مات مسلما ، وادعى الكافر أن

- أباه مات كافرا ، فالقول قول
 ٣٢١ - ٣٢٤ (الكافر مع يمينه ؛ ...)
 ١٩٤٠ - مسألة : (إن أقام المسلم بينة أنه مات مسلما ،
 وأقام الكافر بينة أنه مات كافرا ،
 أسقطت البينتان ، ... وإن قال
 شاهدان : نعرفه كان كافرا . وقال
 شاهدان : نعرفه كان مسلما .
 ٣٢٣ - ٣٢٦ فالمراث للمسلم ...)
 فصل : وإن خلف ابنا مسلما ، وأخا
 كافرا ، فاختلغا في دينه حال
 موته ، فالحكم فيها كالتي
 ٣٢٥ قبلها ...
 فصل : لو مات مسلم ، وخلف زوجة
 وورثة سواها ، وكانت الزوجة
 ٣٢٥ ، ٣٢٦ كافرة ثم أسلمت ...
 فصل : إن أسلم أحد الابنين في غرة
 شعبان ، والآخر في غرة
 رمضان ، واختلفا في موت
 ٣٢٦ أبيهما ، ... فالمراث بينهما ...
 فصل : إن اختلفا في دار ، فادعى أحدهما
 أن هذه الدار داري ، ورثتها من
 أبي ، وادعى الآخر أنها دازه ،
 ٣٢٦ ورثتها من أبيه ...
 ١٩٤١ - مسألة : (إذا ماتت امرأة وابنها ، فقال
 زوجها : ماتت قبل ابنها ، فورثناها ،

- ثم مات ابني ، فورثته . وقال
أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم مات ،
فورثها . حلف كل واحد منهما على
إبطال دعوى صاحبه ، وكان ميراث
الابن لأبيه ، وميراث المرأة
لأخيها وزوجها نصفين (٣٢٦ - ٣٣٠
- فصل : لو كان في يد رجل دار ، فادعت
امراته أنه أصدقها إياها ،
فأنكرها ، فالقول قوله مع يمينه . ٣٢٨ ، ٣٢٩
- فصل : إذا ادعى رجل أنه أكرى بيتا في
داره لرجل شهرا بعشرة ، فادعى
الرجل أنه أكرى الدار كلها
بعشرة ذلك الشهر ... ٣٢٩ ، ٣٣٠
- ١٩٤٢ - مسألة : (ولو شهد شاهدان على رجل ، أنه أخذ
من صبي ألفا ، وشهد آخران على
رجل آخر ، أنه أخذ من الصبي
ألفا ، كان على ولي الصبي أن
يطالب أحدهما بالألف ...) ٣٣٠
- ١٩٤٣ - مسألة : (ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض
الحرب ، فذكر كل واحد منهما أنه
أخو صاحبه ، جعلناهما أخوين .
وإن كانا سييا فادعيا بعد ذلك أن
أعتقا ، فميراث كل واحد منهما
لمعتقه إذا لم يصدقهما ، إلا أن تقوم
بما ادعياه بينة من المسلمين ، فيثبت
النسب ، ويورث كل منهما من أخيه) ٣٣١ - ٣٣٣

- فصل : إن كانا مختلفي الدين ، لم يثبت النسب بإقراره ، ... ٣٣٢
- ١٩٤٤ - مسألة : (إذا كان الزوجان في البيت ، فافترقا ، أو ماتا ، فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له ، أو ... ، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل ، وما كان يصلح للنساء للمرأة ، وما كان يصلح لهما فهو بينهما نصفين) ٣٣٣ - ٣٣٩
- فصل : إذا كان في الدكان نجار وعطار ، فاختلغا فيما فيها ، حكم بألة كل صناعة لصاحبها . ٣٣٥ ، ٣٣٦
- فصل : إذا اختلف المكري والمكترى في شيء من الدار ، نظرت ... ٣٣٦ ، ٣٣٧
- فصل : إذا كان الخياط في دار غيره ، فاختلغا في الإبرة والمقص ، فهي للخياط ... ٣٣٧
- فصل : إذا تنازع رجلان دابة ، أحدهما راكبها ، والآخر آخذ بزمامها ، فالراكب أولى ... ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : إن اختلف صاحب أرض ونهر ، في حائط بينهما ، فهو لهما ... ٣٣٨
- فصل : إن تنازعا عمامة ، طرفها في يد أحدهما ، وباقيها في يد الآخر ، فهما سواء ... ٣٣٩
- ١٩٤٥ - مسألة : (ومن كان له على أحد حق ، فمنعه

- منه ، وقدر له على مال ، لم يأخذ منه
 ٣٣٩ ، ٣٤٣ مقدار حقه ؛ ...)
 فصل : إذا ادعى إنسان على إنسان حقاً ،
 وأقام به شاهدين ، فلم يعرف
 الحاكم عدالتهما ، فسأل حبس
 ٣٤٢ ، ٣٤٣ غريمه ...
 فصل : إن ادعى العبد أن سيده أعتقه
 وأقام شاهدين ، ولم يعدلا ،
 فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه
 ٣٤٣ وبين سيده ...
 ٣٤٤ - ٤١١ كتاب العتق
 فصل : العتق من أفضل القربات إلى الله
 ٣٤٤ ، ٣٤٥ تعالى .
 فصل : يحصل العتق بالقول والمملك ،
 والاستيلاء .
 ٣٤٥ - ٣٤٧ فصل : إن قال لأمته : أنت طالق . ينوى
 العتق به ، ففيه روايتان ...
 ٣٤٧ ، ٣٤٨ فصل : إن قال لأخيه منه ، أو لمن لا يولد
 مثله : هذا ابني ... لم يعتق ، ولم
 ٣٤٨ يثبت نسبه .
 فصل : إن قال لأمته : أنت حرام عليّ .
 ٣٤٨ ينوى به العتق ، عتقت .
 فصل : يصح العتق من كل من يجوز
 ٣٤٨ تصرفه في المال .
 ٣٤٩ فصل : لا يصح من غير جائز التصرف .

- ٣٥٠ ، ٣٤٩ . فصل : لا يصح العتق من غير المالك .
 ١٩٤٦ - مسألة : (وإذا كان العبد بين ثلاثة ، فأعتقه
 معا ، أو... ، فقد صار حرا ،
 ٣٥١ ، ٣٥٠ وولاؤه بينهم أثلاثا)
 فصل : إذا قال كل واحد من الشركاء
 للعبد : إذا دخلت الدار ،
 فنصيب منك حر . فدخل ،
 ٣٥١ عتق عليهم جميعا .
 ١٩٤٧ - مسألة : (لو أعتقه أحدهم ، وهو موسر ،
 عتق كله ، وصار لصاحبه عليه قيمة
 ٣٥١ - ٣٥٣ ثلثه)
 فصل : لا فرق في هذا بين كون الشركاء
 مسلمين أو كافرين ،...
 ٣٥٣ ١٩٤٨ - مسألة : (إن أعتقه بعد عتق الأول ، وقبل
 أخذ القيمة ، لم يثبت له ما فيه عتق ؛
 ٣٥٨ - ٣٥٣ لأنه صار حرا بعتق الأول له)
 فصل : القيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق .
 ٣٥٦ ، ٣٥٥ فصل : المعتبر في اليسار في هذا ، أن يكون
 له فضل عن قوته يومه وليته ...
 ٣٥٦ فصل : إذا قال أحد الشركين لشريكه :
 إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حر
 مع نصيبك . فأعتق نصيبه ،
 ٣٥٨ ، ٣٥٧ عتقا معا ،...
 ١٩٤٩ - مسألة : (إن أعتقه الأول وهو معسر ، وأعتقه
 الثانى وهو موسر ، عتق عليه نصيبه

- ونصيب شريكه ، وكان ثلث ولائه
للمعتق الأول ، وثلثاه للمعتق
الثاني (٣٥٨ - ٣٦٠)
- فصل : إذا قلنا بالسعاية ، احتمل أن لا
يعتق كله ، ... ٣٦٠
- ١٩٥٠ - مسألة : (لو كان المعتق الثاني معسرا ، عتق
نصيبه منه ، وكان ثلثه رقيقا لمن لم
يعتق ، فإن مات وفي يده مال ، كان
ثلثه لمن لم يعتق ، وثلثاه للمعتق
الأول ، والمعتق الثاني بالولاء ، إذا
لم يكن له وارث أحق منهما) ٣٦١ - ٣٦٣
- فصل : من قال بالسعاية ، فإنه يستسعى
حين أعتقه الأول ، ... ٣٦١
- فصل : إذا حكمنا بعتق بعضه ورق
بعضه ، فإن نفقته في حياته ، ...
- ٣٦١ ، ٣٦٢ بينه وبين سيده ...
- فصل : من أعتق عبده ، وهو صحيح
جائز التصرف ، صح عتقه ... ٣٦٢ ، ٣٦٣
- ١٩٥١ - مسألة : (إذا كان العبد بين شريكين ، فادعى
كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه
منه ، فإن كانا معسرين ، لم يقبل
قول واحد منهما على شريكه ، فإن
كانا عدلين ، كان للعبد أن يحلف مع
كل واحد منها ويصير حرا ، أو
يحلف مع أحدهما ، ويصير نصفه
حرا) ٣٦٣ - ٣٦٦

- فصل : من قال بالاستسعاء ، فقد اعترف
 ٣٦٤ بأن نصيبه قد خرج عن يده ، ...
- فصل : إن اشترى أحدهما نصيب
 صاحبه ، عتق عليه ، ... ٣٦٤ ، ٣٦٥
- فصل : كل من شهد على سيد عبد بعث
 عبده ، ثم اشتراه ، عتق عليه ... ٣٦٥ ، ٣٦٦
- ١٩٥٢ - مسألة : (وإن كان الشريكان موسرين ، فقد
 صار العبد حرا باعتراف كل واحد
 منهما بحريته ، وصار مدعيا على
 شريكه نصف قيمته ، فإن لم تكن
 بينة ، فيمين كل واحد منهما لشريكه)
 ٣٦٦ - ٣٦٨
- فصل : إن كان أحد الشريكين موسرا ،
 والآخر معسرا ، عتق نصيب
 المعسر وحده ... ٣٦٧
- فصل : إن ادعى أحد الشريكين أن
 شريكه أعتق نصيبه ، وأنكر
 الآخر ... عتق نصيب المدعى
 وحده ... ٣٦٧ ، ٣٦٨
- فصل : إذا قال أحد الشريكين : إن كان
 هذا الطائر غرابا ، فنصيبى حر .
 وقال الآخر : إن لم يكن غرابا ،
 فنصيبى حر . وطار ، ولم يعلم
 حاله ... ٣٦٨
- ١٩٥٣ - مسألة : (وإذا مات رجل ، وخلف ابنين
 وعبدان ، ... ، فقال أحد الابنين :

- أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى
أعتق أحدهما ، لا أدري من منها .
٣٦٨ ، ٣٦٩ (أقرع بينهما ، ...)
فصل : إن رجع الابن الذى جهل عين
المعتق ، فقال : قد عرفته . قبل
القرعة ، فهو كما لو عينه ابتداء ... ٣٦٩
١٩٥٤ - مسألة : (وإذا كان لرجل نصف عبد ، ولآخر
ثلثه ، ولآخر سدسه ، فأعتق صاحب
النصف وصاحب السدس معا وهما
٣٦٩ - ٣٧١ (موسران ، عتق عليهما ، و...)
١٩٥٥ - مسألة : (إذا كانت الأمة بين شريكين ، فأصابها
أحدهما وأجلها ، أدب ، و...) ٣٧١ - ٣٧٣
فصل : قال أبو الخطاب : وهل تلزمه
قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على
وجهين ... ٣٧٣
فصل : لا فرق بين أن يكون له فى الأمة
ملك كثير أو يسير . ٣٧٣
١٩٥٦ - مسألة : (إذا ملك سهما ممن يعتق عليه بغير
الميراث ، وهو موسر ، عتق عليه
كله ، و...) ٣٧٣ - ٣٧٨
فصل : إن ورث الصبى والمجنون جزءا ممن
يعتق عليهما ، عتق ، ولم يسر إلى
باقية . ٣٧٥ ، ٣٧٦
فصل : إذا باع عبدا لذى رحمه وأجنىبى
صفقة واحدة ، عتق كله . ٣٧٦

- فصل : إذا كانت أمة مزوجة ، ولها ابن
موسر ، فاشترها هو وزوجها
وهي حامل منه ، صفقة
واحدة ، عتق نصيب الابن ... ٣٧٦ ، ٣٧٧
- فصل : إذا كان لرجل نصف عبيدين
متساويين في القيمة ، ... فأعتق
أحدهما في صحته ، عتق ... ٣٧٧
- فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه
أعتق شركاً له في عبد ، ... ، ثم
رجعا عن الشهادة ... ٣٧٧
- فصل : إن شهد شاهدان على ميت بعث
عبد في مرض موته ، وهو ثلث
ماله ، فحكم حاكم بشهادتهما ...
ثم شهد آخر بعث آخر ... ٣٧٧ ، ٣٧٨
- ١٩٥٧ - مسألة : (إذا كان له ثلاثة أعبد ، فأعتقهم في
مرض موته ، أو دبرهم ، أو ...
أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي
رق ، فمن وقع له سهم حرية ، عتق
دون صاحبه) ٣٧٨ - ٣٨٩
- فصل : في كيفية القرعة .. ٣٨٣ - ٣٨٦
- فصل : إن كان للمعتق مال غير العبيد ،
مثلاً قيمة العبيد أو أكثر ، عتق
العبيد كلهم ... ٣٨٦ ، ٣٨٧
- فصل : إن كان على الميت دين يحيط
بالتركة ، لم يعتق منهم شيء ... ٣٨٧

- فصل : إذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا
يملك غيرهم ، ... ، فمات
أحدهم ، أقرعنا بين الميت
والأحياء ... ٣٨٧ ، ٣٨٨
- فصل : إن دبر الثلاثة ، أو وصى
باعتقهم ، فمات أحدهم في
حياته ، بطل تديره ، والوصية
فيد ... ٣٨٩
- ١٩٥٨ - مسألة : (ولو قال لهم في مرض موته : أحدكم
حر . أو كلكم حر . ومات ،
فكذلك) ٣٨٩ - ٣٩١
- فصل : لو أعتق إحدى إمائته ، ثم وطئ
إحداهن ، لم يتعين الرق فيها . ٣٩٠
- فصل : إن أعتق واحدًا بعينه ونسيه ، ... ٣٩٠ ، ٣٩١
- ١٩٥٩ - مسألة : (وإذا ملك نصف عبد ، فدبره أو
أعتقه في مرض موته ، فعتق بموته ،
وكان ثلث ماله يفي بقيمة نصفه
الذي لشريكه ، أعطى ، وكان كله
حراً ...) ٣٩١ ، ٣٩٢
- ١٩٦٠ - مسألة : (وكذلك الحكم إذا دبر بعضه ، وهو
مالك لكليه) ٣٩٢ ، ٣٩٣
- فصل : فأما إن أعتق بعض عبده في
مرضه ، فهو كعتق جميعه ... ٣٩٣
- فصل : إذا دبر أحد الشريكين حصته ،
صح ... ٣٩٣

- ١٩٦١ - مسألة: (ولو أعتقهم ، وثلكه يحتملهم ، فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرقهم ، بعناهم في دينه) ٣٩٣ - ٣٩٥
- فصل : إن أعتق المريض ثلاثة أعبد ، لامال له غيرهم ،... ثم ظهر عليهم دين يستغرق نصفهم ... ٣٩٥
- ١٩٦٢ - مسألة: (لو أعتقهم وهم ثلاثة ، فأعتقنا منهم واحدا ؛ لعجز ثلكه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلكه ، عتق من أرق منهم) ٣٩٥ - ٣٩٨
- فصل : إذا وصى بعتق عبده له يخرج من ثلكه ، وجب على الوصى إعتاقه ... ٣٩٦ ، ٣٩٧
- فصل : إن عتق عتق عبده على شرط في صحته ، فوجد في مرضه ، اعتبر خروجه من الثلث . ٣٩٧
- فصل : إذا أعتق عبدا ، وله مال ، فماله لسيده . ٣٩٧ ، ٣٩٨
- ١٩٦٣ - مسألة: (وإذا قال لعبده : أنت حر . في وقت سماء ، لم يحق حتى يأتي ذلك الوقت) ٣٩٨ - ٤٠٧
- فصل : إذا جاء الوقت وهو في ملكه ، عتق . ٣٩٩ ، ٤٠٠
- فصل : إذا قال لعبده : إن لم أضربك عشرة أسواط ، فأنت حر ... ٤٠٠

- فصل : إذا قال لعبده : إن دخلت الدار ،
فأنت حر . فباعه ثم اشتراه ،
٤٠٠ ، ٤٠١ ودخل الدار ، عتق .
- فصل : إذا قال لعبده مقيّد : هو حر إن
حل قيده إن لم يكن في قيده بعشرة
٤٠١ أرطال ...
- فصل : إن قال لعبده : أنت حرمتي
شئت . لم يعتق حتى يشاء
٤٠١ ، ٤٠٢ بالقول .
- فصل : تعليق العتق على أداء شيء ينقسم
٤٠٢ - ٤٠٦ ثلاثة أقسام ...
- فصل : إذا قال لعبده : أنت حر ، وعليك
٤٠٦ ، ٤٠٧ ألف . عتق ، ولا شيء عليه .
- فصل : إذا علق عتق أمته بصفة ، وهي
٤٠٧ حامل ، تبعها ولدها ...
- ١٩٦٤ - مسألة : (إذا أسلمت أم ولد النصراني ، منع من
غشيانها ، والتلذذ بها ، ... ، فإن
أسلم ، حلت له ، وإذا مات ،
٤٠٧ ، ٤٠٨ عتقت)
- ١٩٦٥ - مسألة : (إذا قال لأمته : أول ولد تلدينه حر .
فولدت اثنين ، أقرع بينهما ، فمن
أصابته القرعة ، فهو حر ، إذا
٤٠٨ أشكل أولهما خروجا)
- فصل : فإن ولدت الأول ميتا ، والثاني
٤٠٨ حيا ...

- فصل : وإن قال لأمته : كل ولد تلدينه ،
فهو حر . عتق كل ولد
ولده ... ٤٠٨
- فصل : فإن قال : أول غلام أملكه ، فهو
حر . انبنى ذلك على العتق قبل
الملك ... ٤٠٩
- فصل : إن قال : آخر عبد أملكه ، فهو
حر . فملك عبيدا ... ٤٠٩ ، ٤١٠
- ١٩٦٦ - مسألة : (إذا قال العبد لرجل : اشتري من
سيدي بهذا المال فأعتقني . ففعل ،
فقد صار حرا ، وعلى المشتري
أن ...) ٤١٠ - ٤١٢
- فصل : لو كان العبد بين شريكين ،
فأعطى العبد أحدهما خمسين
دينارا ، على أن يعتق نصيبه ،
فأعتقه ، عتق ... ٤١١
- فصل : لو وكل أحد الشريكين شريكه في
عتق نصيبه ، فقال الوكيل :
نصيبى حر . عتق ... ٤١١
- ١٩٦٧ - مسألة : (إذا قال لعبده أو أمته : أنت مدبر ، ...
فقد صار مدبرا) ٤١٢ - ٤١٩
- فصل : يعتق المدبر بعد الموت من ثلث
المال . ٤١٢
- فصل : إن اجتمع العتق في المرض
والتدبير ، قدم العتق ... ٤١٢ - ٤١٤

- فصل : يجوز التدبير مطلقا ومقيدا . ٤١٤ ، ٤١٥
- فصل : إن قال : أنت حر بعد موتى
بشهر ، ... ٤١٥ ، ٤١٦
- فصل : إذا قال لعبد : إذا قرأت القرآن ،
فأنت حر بعد موتى ... ٤١٦ ، ٤١٧
- فصل : إذا قال لعبد : إذا مات ، فأنت
حر ، أو لا ؟ ... ٤١٧
- فصل : إذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، ... ٤١٧ ، ٤١٨
- فصل : إن دبر كل واحد منهما نصيبه ،
فمات أحدهما . ٤١٨ ، ٤١٩
- ١٩٦٨ - مسألة : (وله يبعه في الدين) ٤١٩ - ٤٢١
- ١٩٦٩ - مسألة : (لا تباع المدبرة في الدين ...) ٤٢١
- ١٩٧٠ - مسألة : (فإن اشتراه بعد ذلك ، رجع في
التدبير) ٤٢٢
- ١٩٧١ - مسألة : (ولو دبره ، ثم قال : قد رجعت في
تدبيرى ، أو أبطلته . لم يبطل ...) ٤٢٢ - ٤٢٥
- فصل : إذا قال السيد للمدبر : إذا أديت إلى
ورثتى كذا ، فأنت حر ... ٤٢٣
- فصل : إذا رهن المدبر ، لم يبطل
تدبيره ، ... ٤٢٣
- فصل : إن ارتد المدبر ، ولحق بدار الحرب .
لم يبطل تدبيره ... ٤٢٣ ، ٤٢٤
- فصل : إن ارتد سيد المدبر ، ... ٤٢٤ ، ٤٢٥
- ١٩٧٢ - مسألة : (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها ،
فولدها بمنزلتها) ٤٢٥ - ٤٢٩
- فصل : إن علق عتق أمته بصفة ، ... ٤٢٧

- فصل : أما ولد المدبر، فحكمه حكم أمه. ٤٢٧
- فصل : إذا ولدت المدبرة ، فرجع في تديرها ،... ٤٢٨ ، ٤٢٧
- فصل : إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها ،... ٤٢٨
- فصل : كسب المدبر في حياة سيده لسيده ... ٤٢٩ ، ٤٢٨
- ١٩٧٣ - مسألة : (وله إصابة مدبرته) ٤٢٩
- فصل : وابنة المدبرة كأُمها ، في حل وطئها إن لم يكن وطئ أمها . ٤٢٩
- ١٩٧٤ - مسألة : (ومن أنكر التدبير ، لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين ، أو شاهد ويمين العبد) ٤٣١ ، ٤٣٠
- ١٩٧٥ - مسألة : (إذا دبر عبده ومات ، وله مال غائب ، أو...، عتق من المدبر ثلثه ، و...) ٤٣٤ - ٤٣١
- فصل : إن كان المدبر عبيدين ، وله دين ، يخرجان من ثلث المال ،... أقرعنا بينهما ... ٤٣٣ ، ٤٣٢
- فصل : إذا دبر عبدا قيمته مائة ، وله مائة دينا ، عتق ثلثه ... ٤٣٣
- فصل : إن دبر عبده ، وقيمه مائة ،...، وله ابنان ، وله مائتان دينا على أحدهما ... ٤٣٣
- فصل : إن دبر عبداً قيمته مائة ، وخلف ابنين ومائتي درهم دينا على أحدهما ... ٤٣٣ ، ٤٣٤

- ١٩٧٦ - مسألة: (وإذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزاً، إذا كان له عشر سنين ...) ٤٣٤ ، ٤٣٦
- فصل : ويصح منه الرجوع ...، ٤٣٥
- فصل : ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ... ٤٣٥
- فصل : ويصح تدبير الكافر ...، ٤٣٦
- ١٩٧٧ - مسألة: (وإذا قتل المدير سيده بطل تدبيره) ٤٣٧ - ٤٤٠
- فصل : أما سائر جنائياته ، غير قتل سيده ، فلا تبطل تدبيره ... ٤٣٧ - ٤٣٩
- فصل : إذا دبر السيد عبده ، ثم كاتبه ، جاز . ٤٣٩ ، ٤٤٠
- كتاب المكاتب**
- ٥٧٩ - ٤٤١
- فصل : إذا سأل العبد سيده مكاتبته ، استحجب له إجابته ... ٤٤٢ - ٤٤٤
- فصل : لا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه ... ٤٤٤ ، ٤٤٥
- فصل : إذا كاتب الذمي عبده المسلم ، صح ...؟ ٤٤٥ ، ٤٤٦
- فصل : إن كاتب الحرني عبده ، صحت كتابته ...، ٤٤٦ - ٤٤٨
- فصل : إن كاتب المرتد عبده ...، ٤٤٨
- فصل : وكتابة المريض صحيحة ...، ٤٤٨ ، ٤٤٩
- ١٩٧٨ - مسألة: (إذا كاتب عبده ، أو أمته على أنجم ، فأديت الكتابة ، فقد صار العبد حراً ، وولاؤه لمكاتبه) ٤٤٩ - ٥٥٧

- في هذه المسألة ثلاثة فصول :
- أخذها : الكتابة لاتصح حالة ، ولا تجوز
 إلا مؤجلة منجمة ... ٤٤٩ - ٤٥١
- الفصل الثاني : أنه إذا كاتبه على أنجم
 معلومة ، صحت الكتابة ... ٤٥١ ، ٤٥٢
- الفصل الثالث : أنه لا يعتق قبل أداء جميع
 الكتابة . ٤٥٢ - ٤٥٤
- فصل : وتجوز الكتابة على كل مال يجوز
 السلم فيه . ٤٥٤ ، ٤٥٥
- فصل : وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة
 مباحة ؛ ... ٤٥٥ ، ٤٥٦
- فصل : وإن كاتبه على خدمة مفردة ، في
 مدة واحدة ، ... فحكمه حكم
 الكتابة على نجم واحد ... ٤٥٦ ، ٤٥٧
- فصل : إذا كاتب العبد ، وله مال ، فماله
 لسيده ، ... ٤٥٧
- ١٩٧٩ - مسألة : (ولاؤه لمكاتبه) ٤٥٧ ، ٤٥٨
- ١٩٨٠ - مسألة : (يعطى مما كوتب عليه الربع ؛ لقول الله
 تعالى ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي
 آتَاكُمْ ﴾) ٤٥٨ - ٤٦١
- الكلام في الإيتاء في خمسة فصول ؛ ٤٥٨
- أما الأول : فإنه يجب على المكاتب إيتاء
 المكاتب شيئا مما كوتب عليه . ٤٥٨ ، ٤٥٩
- الفصل الثاني : في قدره ، وهو الربع . ٤٥٩ ، ٤٦٠
- الفصل الثالث : في جنسه . ٤٦٠ ، ٤٦١
- الفصل الرابع : في وقت جوازه ، ... ٤٦١

- ٤٦١ الفصل الخامس : في وقت وجوبه ، ...
- ١٩٨١ - مسألة: (وإن عَجَّلَت الكتابة قبل محلها ، لزم السيد الأخذ ، وعُتق من وقته ...) ٤٦١ - ٤٦٥
- أحدهما : فيما إذا عَجَّل المكاتب الكتابة قبل محلها . ٤٦١ - ٤٦٣
- فصل : إذا أحضر المكاتب مال الكتابة ، أو بعضه ، ليسلمه ، فقال السيد : هذا حرام ... ٤٦٣ ، ٤٦٤
- فصل : إذا كاتبه على جنس ، لم يلزمه قبض غيره ، ... ٤٦٤
- الفصل الثاني : إذ ملك ما يؤدى ، فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدى ... ٤٦٤ ، ٤٦٥
- ١٩٨٢ - مسألة: (وإذا أدى بعض كتابته ، ومات وفى يده وفاء وفضل ، فهو لسيدته ...) ٤٦٥ - ٤٦٩
- فصل : إن مات ولم يخلف وفاء ، ... ٤٦٧
- فصل : لا تنسخ الكتابة بالجنون ... ٤٦٧ ، ٤٦٨
- فصل : قتل المكاتب كموته ، في انفساخ الكتابة ، ... ٤٦٨ ، ٤٦٩
- ١٩٨٣ - مسألة: (وإذا مات السيد ، كان العبد على كتابته ، وما أدى فيه من ورثة سيده ، مقسوما كال ميراث) ٤٦٩ ، ٤٧٠
- ١٩٨٤ - مسألة: (وولاؤه لسيدته ، وإن عجز ، فهو عبد لسائر الورثة) ٤٧٠ - ٤٧٥

- فصل : إن أعتقه الورثة ، صح
٤٧٢ ، ٤٧١ عتقهم ...
- فصل : إذا باع الورثة المكاتب ، أو
٤٧٢ وهبوه ، صح ...
- فصل : إن وصى السيد بمال الكتابة
٤٧٣ ، ٤٧٢ لرجل ، صح .
- فصل : إذا مات رجل ، وخلف ابنين
وعبدا ، فادعى العبد أن سيده
٤٧٣ - ٤٧٥ كاتبه ...
- ١٩٨٥ - مسألة : (ولا يُمنَع المكاتب من السفر)
٤٧٧ - ٤٧٥ فصل : إن شرط عليه في الكتابة أن لا
٤٧٧ ، ٤٧٦ يسافر ، ...
- فصل : إن شرط في كتابه أن لا يسأل
٤٧٧ الناس ...
- ١٩٨٦ - مسألة : (وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده)
٤٧٧ - ٤٨٥ فصل : ليس له التصرى بغير إذن
٤٧٨ ، ٤٧٩ سيده ...
- فصل : ليس للمكاتب أن يزوج عبيده
٤٧٩ ، ٤٨٠ وإماءه ، بغير إذن سيده .
- فصل : ليس له إعتاق رقيقه ، إلا بإذن
٤٨٠ ، ٤٨١ سيده .
- فصل : المكاتب محجور عليه في ماله ، ...
٤٨٢ ، ٤٨١ فصل : لا يحاى المكاتب في البيع ، ...
٤٨٢ فصل : وليس للمكاتب أن يجمع إن احتاج
٤٨٢ ، ٤٨٣ إلى إتفاق ماله فيه ...

- فصل : ليس للمكاتب أن يكاتب إلا باذن سيده . ٤٨٣ ، ٤٨٤
- فصل : ليس للمكاتب أن يبيع نسيئة ، ... ٤٨٤
- فصل : للمكاتب أن يبيع ويشترى . ٤٨٤ ، ٤٨٥
- ١٩٨٧ - مسألة : (ولا يبيعه سيده درهمًا بدرهمين) ٤٨٥ - ٤٨٧
- فصل : إن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين ، ... تقاصا ... ٤٨٦ ، ٤٨٧
- ١٩٨٨ - مسألة : (وليس للرجل أن يطأ مكاتبه ، إلا أن يشترط) ٤٨٧ - ٤٩٠
- الكلام في هذه المسألة في فصلين : أحدهما : في وطئها بغير شرط ، وهو حرام ... ٤٨٧
- الفصل الثاني : إذا شرط وطأها ، فله ذلك . ٤٨٧ ، ٤٨٨
- فصل : إن وطئها مع الشرط ، فلاحد عليه ... ٤٨٨
- فصل : إن أولدها ، صارت أم ولد له ، ... ٤٨٨ ، ٤٨٩
- فصل : ليس له وطء بنتها ... ٤٨٩
- فصل : ليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا ، ... ٤٨٩
- فصل : لا يملك إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج ... ٤٨٩ ، ٤٩٠
- ١٩٨٩ - مسألة : (فإن وطئها ، ولم يشترط ، أدب ، ولم

- يلغ به حد الزاى ، وكان عليه مهر
 مثلها) ٤٩٠ ، ٤٩١
- فصل : إذا وجب لها المهر ، فإن كان لم
 يحل عليها نكح ، فلها المطالبة به . ٤٩١
- ١٩٩٠ - مسألة : (فإن علقت منه ، فهي غيرة بين العجز
 وتكون أم ولد ، وبين المضى على
 كتابتها ...) ٤٩١ - ٥٠١
- فصل : إن أعتقها سيدها ، عتقت ، ... ٤٩٢ ، ٤٩٣
- فصل : إن أتت بولد من غير سيدها بعد
 استيلائها ، فله حكمها في
 العتق ... ٤٩٣
- فصل : إذا كانت الأمة بين شريكين ،
 فكاتبها ، ثم وطئها أحدهما ،
 أدب ... ٤٩٣ - ٤٩٥
- فصل : إن وطئها جميعاً ، فقد وجب على
 كل واحد منهما مهر مثلها ... ٤٩٥ - ٤٩٧
- فصل : إن أولدها كل واحد منهما ،
 واتفقا على السابق منهما ، ... ٤٩٧ ، ٤٩٨
- فصل : وإن اختلفا في السابق منهما ، ... ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : إن وطئها معاً ، فأنت بولد ، لم
 يخل من ثلاثة أقسام ... ٥٠٠ - ٥٠٢
- ١٩٩١ - مسألة : (وإذا كاتب نصف عبد ، فأدى
 ما كوتب عليه ، و... صار نصفه
 حراً بالكتابة ، ...) ٥٠٢ - ٥٠٩
- فصل : إذا كان العبد كله ملكاً لرجل ،
 فكاتب بعضه ، جاز . ٥٠٤

- فصل : إذا كان العبد لرجلين ، فكاتباه
 ٥٥٥ معا ، جاز .
- فصل : ليس للمكاتب أن يؤدي إلى
 ٥٠٨ - ٥٠٦ أحدهما أكثر من الآخر ، ...
- فصل : إن عجز مكاتبهما ، فلهما الفسخ
 ٥٠٨ والإمضاء ...٤
- ١٩٩٢ - مسألة : (وإذا عتق المكاتب ، استقبل بما في يده
 من المال حولا ، ثم زكاه ، إن كان
 نصابا)
 ٥١٠ ، ٥٠٩
- ١٩٩٣ - مسألة : (وإذا لم يؤد نجما حتى حل نجم آخر ،
 عجزه السيد ، وعاد عبدا غير
 مكاتب)
 ٥١٥ - ٥١٠
- فصل : أما إن حل نجم واحد ، فعجز عن
 أدائه ، ...
 ٥١٢ ، ٥١١
- فصل : إذا حل النجم ، وماله حاضر
 عنده ، طوّل بأدائه ...
 ٥١٣ ، ٥١٢
- فصل : إذا حل النجم والمكاتب غائب
 بغير إذن سيده ، فله الفسخ .
 ٥١٣
- فصل : إذا دفع العوض في الكتابة ، فبان
 مستحقا ، ...
 ٥١٤ ، ٥١٣
- ١٩٩٤ - مسألة : (وما قبض من نجوم كاتبه ، استقبل به
 حولا)
 ٥١٥
- ١٩٩٥ - مسألة : (وإذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل
 كتابته ، فإن عجز ، كان سيده
 مخيرا بين أن يفديه بقيمته إن كانت

- ٥١٥ - ٥٢٥ أقل من جنائته ، أو يسلمه)
 فصل : إذا جنى المكاتب جنائيات ،
 ٥١٧ ، ٥١٨ تعلق برقبته ، ...
 فصل : إن جنى المكاتب على سيده فيما
 ٥١٨ ، ٥١٩ دون النفس ، ...
 فصل : إذا اجتمع على المكاتب أرش
 ٥١٩ ، ٥٢٠ جنائية ، وتضمن مبيع ، ...
 فصل : إذا جنى بعض عبيد المكاتب جنائية
 ٥٢٠ توجب القصاص ، ...
 فصل : إن ملك المكاتب ابنه ، أو بعض
 ٥٢٠ - ٥٢٢ ذوى رحمه المحرم ، ...
 فصل : وإن جنى عبد المكاتب على
 ٥٢٢ بعض ، ...
 فصل : وإن جنى عبد المكاتب عليه
 جنائية ، موجبها المال ، كانت
 ٥٢٢ هدرا .
 فصل : إذا جُنِيَ على المكاتب فيما دون
 ٥٢٢ - ٥٢٤ النفس ، ...
 فصل : إذا مات المكاتب ، وعليه
 ٥٢٤ ، ٥٢٥ ديون ، ...
 ١٩٩٦ - مسألة : (وإذا كاتبه ، ثم ذُبِرَهُ ، فإذا أدى ،
 صار حرا ، وإن مات السيد قبل
 الأداء ، عتق بالتدبير ، إن حمل
 الثلث ، مابقى عليه من كتابته ،
 ٥٢٥ - ٥٢٩ والإعتق منه بمقدار الثلث ، و...)

- فصل : إذا قال السيد لمكاتبه : متى
عجزت بعد موتى، فأنت حر... ٥٢٦
- فصل : إذا كاتب عبدا في صحته ، ثم
أعتقه في مرض موته ... ٥٢٦ - ٥٢٨
- فصل : إن وصى سيده بإعتاقه ...، ٥٢٨ ، ٥٢٩
- ١٩٩٧ - مسألة: (وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابه ،
وأق بشاهد ، حلف مع شاهده ،
وصار حرا) ٥٢٩ ، ٥٣٠
- فصل : إن لم يكن للعبد شاهد ، وأنكر
السيد ،... ٥٢٩
- فصل : إن أقر السيد بقبض مأل
الكتابة ،... ٥٢٩ ، ٥٣٠
- فصل : إذا أبرأه السيد من مال
الكتابة ،... ٥٣٠
- ١٩٩٨ - مسألة: (ولا يُكْفَرُ المكاتب بغير الصوم) ٥٣٠ ، ٥٣١
- ١٩٩٩ - مسألة (وولد المكاتبه الذين ولدتهم في
الكتابة ، يعتقون بعقها) ٥٣١ - ٥٣٤
- فصل : أما ولد ولدها فإن ابنها حكمه
حكم أمه ...؛ ٥٣٤
- ٢٠٠٠ - مسألة: (ويجوز بيع المكاتب) ٥٣٥ - ٥٣٧
- فصل : تجوز هبة المكاتب ، والوصية
به ،... ٥٣٧
- ٢٠٠١ - مسألة: (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب ،
فإذا أدى صار حرا و...) ٥٣٧ - ٥٤٣
- فصل : أما بيع الدين الذي على المكاتب
من نجومه ، فلا يصح . ٥٣٨ - ٥٣٩

- فصل : إذا كانت المكاتب ذات ولد يتبعها
في الكتابة ، فباعهما معا ،
٥٣٩ صح .
- فصل : إن وصى بالمكاتب لرجل ، ... ،
٥٤٠ فصل : إن وصى بكتابه لرجل ، ... ،
٥٤١ ، ٥٤٠ فصل : إن وصى بمال الكتابة لرجل ،
٥٤١ وبرقبته لآخر ...
فصل : إذا كانت الكتابة فاسدة ،
فأوصى لرجل بما في ذمة
٥٤١ المكاتب ...
- فصل : تصح الوصية لمكاتبه ؛ ... ،
٥٤٣ ، ٥٤٢ ٢٠٠٢ - مسألة : (وإذا اشترى المكاتب أباه ، أو ... ، لم
يعتقوا حتى يؤدي وهم في ملكه ،
٥٤٣ - فإن عجز فهم عبيد لسيده)
الكلام في هذه المسألة في فصلين ؛
أحدهما : أنه يصح أن يشتري من ذوى
أرحامه من يعتق عليه ، بغير إذن
٥٤٤ سيده ...
- الفصل الثاني : أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه
٥٤٥ ، ٥٤٤ لهم ؛ ...
- فصل : وكسبهم للمكاتب ، ... ،
٥٤٥ فصل : إن وهب له بعض ذوى رحمه ، فله
٥٤٥ قبوله ...
- فصل : يجوز أن يشتري المكاتب امرأته ،
٥٤٥ والمكاتب زوجها .

- فصل : إذا زوّج السيد ابنته من مكاتبه
برضاه ، ثم مات السيد ... ٥٤٦
- ٢٠٠٣ - مسألة : (وإذا كان العبد لثلاثة ، فجاءهم بثلاثمائة درهم ، فقال : يعزوني نفسي بها . فأجابوه ، فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتابا ، أنكر أحدهم ...) ٥٤٧-٥٥٢
- فصل : إذا كان العبد بين شريكين ، فكاتباه بمائة ، فادعى دفعها إليهما ، وصدقاها ، عتق ... ٥٤٩، ٥٥٠
- فصل : إن ادعى العبد دفع المائة إلى أحدهما ، ليدفع إلى شريكه حقه ... ٥٥١، ٥٥٠
- فصل : إن اعترف المدعى بقبض المائة ، على الوجه الذي ادعاه المكاتب ، وقال : قد دفعت إلى شريكي نصفها ... ٥٥١، ٥٥٢
- ٢٠٠٤ - مسألة : (وإذا قال السيد : كاتبك على ألفين ، وقال العبد : على ألف . فالقول قول السيد مع يمينه) ٥٥٢-٥٥٥
- فصل : إن اختلفا في أداء النجوم ... ٥٥٣
- فصل : إن كاتب عبيدين ، واستوفى من أحدهما ، ولم يدر من أيهما استوفى ... ٥٥٣، ٥٥٤
- فصل : إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة آخر غير سيده : فقال سيده ، قد أدى إلى ... ٥٥٤، ٥٥٥
- ٢٠٠٥ - مسألة : (وإذا أعتق الأمة ، أو كاتبها ، وشرط ما في بطنها ، أو أعتق ما في بطنها دونها ، فله شرطه) ٥٥٥-٥٥٧
- ٢٠٠٦ - مسألة : (ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ، ويضع عنه بعض كتابته) ٥٥٧ -
- فصل : إن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين ... ٥٥٨

- فصل : وإن صالح المكاتب سيده عما في ذمته
 ٥٥٩ بغير جنسه ، ...
 ٢٠٠٧ - مسألة : (وإذا كان العبد بين شريكين ، فكاتب
 ٥٦١،٥٦٠ أحدهما ...)
 فصل : وإن كان المعتق معسرا ، لم يسر
 عتقه ، وكان نصيبه حرا ، وباقيه
 ٥٦١ على الكتابة ، فإن أدى ...
 فصل : ونقل عن أحمد ، رضى الله عنه ، أنه
 سئل عن عبد بين شريكين ، فكاتباه
 ٥٦٢،٥٦١ على ألف درهم ، ...
 ٢٠٠٨ - مسألة : (وإذا عجز المكاتب ، ورد في الرق ، وكان
 ٥٦٣،٥٦٢ قد تصدق عليه بشيء ، فهو لسيدّه)
 فصل : وأما أداه إلى سيده قبل عجزه ، فلا
 ٥٦٣ يجب رده بحال ...
 فصل : وموت المكاتب قبل الأداء
 ٥٦٣ كعجزه ، ...
 ٢٠٠٩ - مسألة : (وإذا اشترى المكاتبان ، كل واحد منهما
 الآخر ، صح شراء الأول ويطل شراء
 ٥٦٩-٥٦٣ الآخر)
 فصل : فإن لم يُعْلَم السابق منهما ، فقال أبو
 ٥٦٥،٥٦٤ بكر : يطل البيعان ، ...
 فصل : وإذا كاتب عبيدا له ، صفقة
 واحدة ، بعوض واحد ، ...
 ٥٦٧-٥٦٥ فصل : إذا مات بعض المكاتبين ، سقط قدر
 ٥٦٧ حصته ...
 فصل : وإن أدى أحد المكاتبين عن
 ٥٦٨،٥٦٧ صاحبه ، ...
 ٥٦٨ فصل : ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة ...

- فصل : وإن أدواما عليهم ، أو بعضه ، ثم
اختلقوا ، ... ٥٦٨
- فصل : وإن جنى بعضهم، فجنايته عليه دون
صاحبه ... ٥٦٩
- ٢٠١٠ - مسألة: (وإذا شرط في كتابته أن يوالى من شاء ،
فالولاء لمن أعتق ، والشرط باطل) ٥٦٩-٥٧٢
- فصل : وإن شرط السيد على المكاتب أن يرثه
دون ورثته ... ٥٧١
- فصل : وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد
العتق ، ... ٥٧١
- فصل : وإذا كتبه على ألفين ، في رأس كل
شهر ألف ... ٥٧١، ٥٧٢
- ٢٠١١ - مسألة: (وإذا أسر العدو المكاتب، فاشتراه رجل،
فأخرجه إلى سيده ، فأحب أخذه بما
اشتراه ، فهو على كتابته . وإن لم يحب
أخذه ، فهو على ملك مشتريه، مبقى
على ما بقى من كتابته، يعتق بالأداء ،
وولاؤه لمن يؤدي إليه) ٥٧٢-٥٨٠
- فصل : وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها
مع الكفار ؟ ... ٥٧٣
- فصل : وإن حبسه سيده مدةً ، فقد أساء ،
ولا يحتسب عليه بمدته ... ٥٧٣، ٥٧٤
- فصل : وإذا وصى بأن يكاتب عبده ،
صحت الوصية ، ... ٥٧٤، ٥٧٥
- فصل : فإن قال : كاتبوا أحد رقيقى .
فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم ... ٥٧٥
- فصل : والكتابة الفاسدة ، أن يكاتبه على
عوض مجهول ، ... ٥٧٥-٥٧٩

٦٠٨-٥٨٠

كتاب عتق أمهات الأولاد

فصل : فإذا وطئ الرجل أمته فأتت بولد بعد

٥٨٤-٥٨١

وطئه بستة أشهر فصاعدا ، ...

٥٨٤

فصل : وإن اعترف بوطء أمته في الدبر ، ...

٥٨٩-٥٨٤

في جميع أمورهن ، إلا أنهن لا يعن (

فصل : ومن أجاز بيع أم الولد ، فعلى قوله ،

إن لم يبعها حتى مات ، ولم يكن له

٥٨٩، ٥٨٨

وارث إلا ولدها ، عتقت عليه ...

٢٠١٣ - مسألة : (وإذا أصاب الأمة ، وهي في ملك غيره ،

بنكاخ ، فحملت منه ، ثم ملكها حاملا ،

٥٩٤-٥٨٩

عتق الجنين ، وكان له يبعها (

فصل : قال أحمد ، رضى الله عنه ، في من

اشترى جارية حاملا من غيره ،

٥٩١

فوطئها قبل وضعها ، ...

فصل : وإذا وطئ الرجل جارية ولده ، فإن

كان قد قبضها ، وتملكها ، ولم يكن

٥٩٣-٥٩١

الولد وطئها ، ...

فصل : إن كان الولد قد وطئ جارية ، ثم

٥٩٣

وطئها أبوه فأولدها ، ...

فصل : إن وطئ الابن جارية أبيه أو أمه ، فهو

زاني ، يلزمه الحد إذا كان عالما

٥٩٤

بالتحريم ...

فصل : وإن زوج أمته ثم وطئها ، فقد فعل

٥٩٤

محرم ، ...

فصل : ولو ملك رجل أمه من الرضاع ، أو

٥٩٤

أخته أو ابنته ، لم يحل له وطؤها .

٢٠١٤ - مسألة : (وإذا علققت منه بحر في ملكه ، فوضعت

بعض ما يتبين فيه خلق الإنسان ، كانت

٥٩٧-٥٩٥

له بذلك أم ولد (

- ٢٠١٥ - مسألة: (وإذا مات ، فقد صارت حُرَّة ، وإن لم يملك غيرها)
 ٥٩٩-٥٩٧ فصل : لا فرق بين المسلمة والكافرة ،
 ٥٩٩،٥٩٨ والعفيفة والفاجرة ،...
 ٢٠١٦ - مسألة: (وإذا صارت الأمة أم ولد ، بما وصفنا ، ثم ولدت من غيره ، كان له حكمها في العتق بموت سيدها)
 ٦٠٠-٥٩٩ فصل : أما ولد أم الولد قبل استيلائها ، وولد المدبرة قبل تدبيرها ، والمكاتبة قبل كتابتها ، فلا يتبعها ،...
 ٦٠٠ ٢٠١٧ - مسألة: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني ، منع من وطئها والتلذذ بها ، وأجبر على نفقتها ، فإذا أسلم حلت له ، وإن مات قبل ذلك عتقت)
 ٦٠١،٦٠٠ ٢٠١٨ - مسألة: (وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها ، فما كان في يدها من شيء ، فهو لورثة سيدها)
 ٦٠٢،٦٠١ ٢٠١٩ - مسألة: (ولو أوصى لها بما في يدها ، كان لها ، إذا احتمله الثلث)
 ٦٠٢ فصل : وإن وصى لمديره أو مديرته ، صححت الوصية أيضا ...
 ٦٠٢ ٢٠٢٠ - مسألة: (وإذا مات عن أم ولده ، فعندتها حيضة)
 ٦٠٣ ٢٠٢١ - مسألة: (وإذا جنت أم الولد ، فذاها سيدها بقيمتها أو دونها)
 ٦٠٤،٦٠٣ فصل : إذا ماتت قبل فدائها ، فلا شيء على سيدها ،...
 ٦٠٤ فصل : إن كسبت بعد جنايتها شيئا ، فهو لسيدها ،...
 ٦٠٤ ٢٠٢٢ - مسألة: (فإن عادت فجنت ، فذاها ، كما وصفت)
 ٦٠٤ فصل : إن أبرأ بعضهم من حقه ، توفر

- ٦٠٥ الواجب على الباقيين ، ...
- ٢٠٢٣ - مسألة: (ووصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة) ٦٠٥
- ٢٠٢٤ - مسألة: (وله تزويجها ، وإن كرهت) ٦٠٦
- ٢٠٢٥ - مسألة: (ولاحد على من قذفها) ٦٠٦
- ٦٠٧ فصل: لايجب القصاص على الحرة بقتلها، ...
- ٢٠٢٦ - مسألة: (وإن صلت مكشوفة الرأس ، كره لها ذلك ، وأجزأها) ٦٠٧
- ٢٠٢٧ - مسألة: (وإذا قتلت أم الولد سيدها ، فعليها قيمة نفسها) ٦٠٨، ٦٠٧

آخر الجزء الرابع عشر
وهو آخر الكتاب
ويليه الجزء الخامس عشر
وفيه الفهارس العامة
والحمد لله حق حمده